٤٠٢١

جامعة الملك سعود
King Saud University 1957

Copyright © King Saud University

٢١٧ر٤
هـ.م

(الهداية شرح البداية)، تأليف علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (٥٣٠-٥٩٣هـ). كتبت في القرن الثالث عشر الهجري تقديرا.

١٢٨ ق　　٢٤ س　　١٩×٢٦،٤ سم

٤٠٢١

نسخة جيدة، خطها نسخ معتاد، بأثنائها وآخرها نقص، تبدأ من كتاب البيع، طبع.

الأزهرية ٢: ٢٩٣، كشف الظنون ٢: ٢٠٣١

١- المذهب الحنفي، فقه المذاهب الاسلامية أ- المرغيناني، علي بن ابي بكر ٥٩٣هـ ب- تاريخ النسخ ج- شرح البداية.

Copyright @ King Saud University

46/1

٢١-٤

هداية كتاب البيوع

مكتبة جامعة الرياض - قسم المخطوطات

الرقم: ٢١-٤ ف ٣١٨٠٦

العنوان: (الهداية شرح البداية)

المؤلف: علي بن أبي بكر المرغيناني

تاريخ النسخ: الثاني عشر

اسم الناسخ:

عدد الأوراق: ١٢٨ ق ١٩×٢٦٫٤ سم

ملاحظات: ٢١٧٫٤

هـ ٢٠

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الما
ضي
ان يقول احدهما بعته والاخر يقول اشتريت لان البيع انشاء
تصرف والانشا يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل
فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين [illegible] احدهما لفظ
المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هنالك وقوله رضيت
او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت
لانه يودي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا
ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس قال
واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شاء قبل
في المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت
له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم
بدون قبول الاخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق
الغير وانما يمتد الى اخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات
فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة تحقيقا لليسر ودفعا
للعسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس
بلوغ العقد الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض
المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الاخر
بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات
معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان
القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ماذكرنا واذا
حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما
الا من عيب او عدم روية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد
منهما

منهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار
ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر فلا يجوز والحديث
محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة
المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال
قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها
في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف
فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة
القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية
الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع
الجواز وهذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن
حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع
وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى طعاما من يهودي الى اجل
ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه
مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة
وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع
كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز
فيصرف اليه تحريا للجواز فان كانت النقود مختلفة فالبيع
فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء
لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترفع الجهالة بالبيان او
يكون احدها اروج واغلب فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز
وهذا اذا كانت مختلفة في المالية وان كانت سواء فيها كالثنائي
والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي
بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف

الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية
قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة
وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ولان الجهالة غير مانعة
من التسليم فشابه جهالة القيمة بخلاف ما اذا باعه بجنسه
مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال ويجوز باناء
بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان
الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم
فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه
متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة
وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر
قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع
في قفيز واحد عند ابي حنيفة الا ان يسمي جميع قفزانها
وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل
لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان
تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس
ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع
عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز البيع
في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله للمشتري الخيار
لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمي
جميع قفزانها لانه علم ذلك الان فله الخيار كما اذا راه ولم
يكن راه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع
في جميعها عند ابي حنيفة وكذا من باع ثوبا مذارعة

كل

كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود
متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا
وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة
من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت
وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة
الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق
ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة فوجدها
اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته
وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه
بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع
وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى
ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع
بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة
الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الا ترى
انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من
الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف
الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه
بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير
المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذرع الذي
سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان
بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها
على انها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة
فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك

لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر
الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل
الثمن لم يكن اخذا لكل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة
فهو بالخيار ان شا اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شا فسخ
البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة
الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة
لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط
ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع
فاسد عند ابي حنيفة وقالا هو جائز وان اشترى عشرة
اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع
من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان الذراع
اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون
المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة
بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح
خلافا لما يقوله الخصاف لبقا الجهالة ولو اشترى عدلا على
انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد
البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز
في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة
لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله
لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف
ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي
حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه
جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد في الهروي

ومن

وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا
ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم
فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة
في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه
بتسعة ان شا وقال ابو يوسف ياخذه باحد عشر ان شا
وفي الثاني ياخذه بعشرة ان شا وقال محمد في الوجه الاول ياخذه
بعشرة ونصف ان شا وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لضرورة
مقابلة الذراع مقابلة نصف بنصفه فيجري عليه ولابي
يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة
وقد انتقص ولابي حنيفة ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ
حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم
الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه
لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون
الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

في الوجه الثاني صح

فصل

ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار
يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون
تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم
يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البنا ولا يدخل الزرع
في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه
المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع بع
الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى
ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان
الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقا فصار كالزرع

ويقال للبيع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيه متاع
وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر
ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد
وفي العادة ان لا تقطع وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة
في الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك
باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بينهما اذا كان
الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبايع
لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل
في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر
فيها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو
نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقيل يدخل
وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناوله المشافر
والمناجل ولا يدخل الزرع في جواز بيعه والثمر بذكر الحقوق
والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له
فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه
لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه اما الثمر
المجذوذ والزرع المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح
به قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع
لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني
وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى
المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البايع وهذا اذا اشتراها ها
مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع
لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو

صفقة

صفقة في صفقة ولو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع
الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند
ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا واستحسنه محمد للعادة
بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم
وهو يزيد بمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا
وتركها باذن البايع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق
بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى
لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة وان
اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل
الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم
التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا
اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه
حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة
فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا اخر
قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع
لتعذر التمييز ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ط
والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان
والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على
ملكه قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني
منها ارطالا معلومة خلافا لمالك لان الباقي بعد الاستثناء
مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم
بالمشاهدة قال العبد الضعيف قالوا هذه رواية
الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية فينبغي ان يجوز

لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز
استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا
استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا
يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها
والباقلا في قشرها وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي
لا يجوز بيع الباقلا الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق
في قشره الاول عنده وفي بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز
ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه
فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي
عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع النخل حتى
يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة
ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع
بينهما كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز
بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز
وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربا لانه لا يدرى
قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها
لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح
يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا
ينتفع به بدونه قال واجرة الكيال وناقد الثمن
على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى
هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد
واما النقد فالمذكور رواية بن رستم عن محمد لان النقد
يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج

اليه

اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده
وفي رواية بن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى
تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف
القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان
الثمن على المشتري لما بينا انه المحتاج الى تسليم الثمن
وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة
بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري
تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع
بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة
قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما
سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة
الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار
ثلاثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن
منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في
البياعات فقال النبي عليه الصلاة والسلام اذا بايعت
فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ولا يجوز اكثر منها
عند ابي حنيفة وهو قول زفر والشافعي وقال ابو يوسف
ومحمد يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث بن عمر رضي الله عنهما
انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى
التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار
كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى
العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من

النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة
الا انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند ابي حنيفة خلافا لزفر
هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه
اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم
واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا
اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان
العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد
فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه
الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام
فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد
في الثلاث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى
اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند
عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به
وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفي الزيادة
على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة على الثلاث وابو
يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي
هذه المسئلة قياس اخر واليه مال زفر وهو انه بيع شرطت
فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح
منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه
الاستحسان ما بينا قال وخيار البايع يمنع خروج
المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم
مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف
فيه

فيه وان قبضه باذن البايع فلو قبضه المشتري وهلك في
مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه
كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على
سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البايع انفسخ البيع
ولا شي على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق
وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع
لان البيع في جانب الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج
البدل عن ملك من له الخيار ولانه شرع نظرا له دون الاخر
قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة وقالا
يملكه لانه لما خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك المشتري
يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة
انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه
لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل
له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار
شرع للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فيه ولو ثبت
الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت
مصلحة النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن
وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ووجه
الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة
عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم
لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البايع فيهلك
والعقد موقوف ومن اشترى امراته على انه بالخيار ثلاثة
ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطيها

له ان يردها لان الوطء بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا
لان الوطء ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح
لانه ملكها وان وطيها لم يردها لانه وطيها بملك اليمين
فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها
تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها
عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار
لا يعتق عنده خلافا لهما ومنها عتقه اذا كان المشتري
حلف فقال ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان
اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشرا فيسقط
الخيار ومنها ان حيض المشتراه في المدة لا يجتزا به من
الاستبرا عنده ولو ردت بحكم الخيار للبايع لا يجب عليه
الاستبرا عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض
ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد
له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن
البايع ثم اودعه عند البايع فهلك في يده في المدة هلك
من مال البايع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما
من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها
لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البايع عن الثمن
في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك
والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان
الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا
اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل
الخيار عندهما لانه تملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده
يبطل

يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم
قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة
الخيار وله ان يجيز فان اجازه بغير حضرة صاحبه جاز
وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو
العلم وانما كني بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ
من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا
يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق
الغير وهو العقد بالرفع فلا يعرى عن المضرة لانه عساه
يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة
القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبايع او لا يطلب لسلعته
مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر
فيتوقف على علمه فصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة
لانه لا الزام فيه ولا نقول بانه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه
لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان
فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه الخبر في المدة تم الفسخ
لحصول العلم به ولو بلغه بعد ما مضى المدة تم العقد بمضي
المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار بطل
خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي يورث عنه لانه
حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب
والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا
يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار
العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما

نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء
لاختلاط ملكه بملك الغير لا انه يورث الخيار قال
ومن اشترى شيا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما
نقض انتقض واصل هذا اشتراط الخيار لغيره جايز استحسانا
وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب
العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره لا اشتراط الثمن
علي غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق
النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نايبا
عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما
الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز
احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق لوجوده في زمن
لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا فيعتبر
تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في رواية اخري
وجه الاول ان تصرف العاقد اقوي لان النايب يستفيد
الولاية منه ووجه الثاني ان الفسخ اقوي لان المجاز يلحقه
الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما
التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني
قول ابو يوسف واستخرج ذلك مما اذا باعه الوكيل من رجل
والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف
يعتبرهما قال ومن باع عبدين بالف درهم علي انه
بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد
بخمسماية علي انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع
والمسيلة علي اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن
ولا

ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب
وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار
كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق
الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه
الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور
ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم
وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد
العقد في الاخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع
كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين
والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين
اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن قال
ومن اشترى ثوبين علي ان ياخذ ايهما شاء بعشرة
وهو بالخيار ثلاثة ايام فهو جايز وكذلك الثلاثة فان كانت
اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل
لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان
ان شرع الخيار للحاجة الي دفع الغبن ليختار ما هو الاوفق
والارفق والحاجة الي هذا النوع من البيع متحققة لانه
يحتاج الي اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله
ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معني ما
ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود
الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الي المنازعة
في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة
اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة

غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت باحدهما ثم قيل يشترط
ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو
المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور
في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقا
لا شرطا وان لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين
بالثلث عنده وبمدة معلومة ايها كانت عندهما ثم ذكر في بعض
النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين
وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والاخر امانة
والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزمه
البيع فيه بثمنه وتعين الاخر للامانة لامتناع الرد بالعيب
ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع
البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما
جميعا ولو مات من له الخيار فلورثته ان يرد احدهما لان الباقي
خيار التعيين للاختلاط وهذا لا يثبت في حق الوارث فاما
خيار الشرط فلا يورث وقد ذكرناه من قبل قال ومن اشترى
دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة
فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها
لانه ما يثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن
ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت
الشرا فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه
لمذهب ابي حنيفة خاصة قال وان اشترى
الرجلان على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر ان يرده
عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار
العيب

العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد
منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه
وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو
رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس
من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور
اجتماعهما على الرد قال ومن باع عبدا على
انه خباز او كاتب فكان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان
شا اخذه بجميع الثمن وان شا ترك لان هذا وصف
مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب
التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع
لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد بفواته العقد
بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات فصار كفوات
وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف
لا يقابلها شي من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف والله اعلم

باب خيار الرؤية

ومن اشترى ما لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا راه ان
شا اخذه وان شا رده وقال الشافعي لا يصح العقد اصلا
لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى
شيا لم يره فله الخيار اذا راه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي
الى المنازعة لانه لو لم يكن موافقا رده فصار كجهالة الوصف
في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم راه له ان يرده لان
الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبله وحق الفسخ
بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشي قبل

قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية
بخلاف قوله رددت قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له
وكان ابو حنيفة يقول له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط
وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك
الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البايع راضيا بالزوال
ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشرا لما روينا فلا يثبت
دونه وروي ان عثمان رضي الله عنه باع ارضا بالبصرة من طلحة
بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال طلحة لي الخيار
لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رضي الله عنه انك قد غبنت
فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكم بينهما جبير بن مطعم فقضى
بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار
الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار
الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن
رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق
والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر
الفسخ فيبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط
الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية
لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرضا لوجود دلالة
الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب
مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له
والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى
برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشيا فان
لا يتفاوت احاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج

يكتفي

يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردى مما راى
يكون له الخيار وان كان يتفاوت احاده كالثياب والدواب
لا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل
فيما ذكر الكرخي فينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها
متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة
كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج
وكذا النظر الى ظاهر الثوب لانه مما يعلم به البقية الا اذا
كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو
المقصود في الادمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية
المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم
والاول هو المروي عن ابي يوسف وفي شاة اللحم لا بد من الجس
لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد
من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك
هو المعرف للمقصود قال وان راى صحن الدار
فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا راى خارج
الدار او راى اشجار البستان من خارج وعند زفر
لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب
على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن
متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول
في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع
العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر
المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول
كنظره وهذا عند ابي حنيفة وقالا هما سواء وله

ان يرده قال رحمه الله معناه الوكيل بالقبض
اما الوكيل بالشرا فرويته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل
بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار
كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نو
عان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه
مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء
خيار الروية والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق
التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه
فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه
لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقايه وخيار الشرط
على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط
بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده
فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك
شيا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم
اذا كان رسولا في البيع والشرا قال ويبيع
الاعمى وشراوه جايز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى
ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع
اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه
اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار
حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الروية
كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا وقف في مكان لو كان
بصيرا لراه فقال قد رضيت يسقط خياره لان التشبه
يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين
يقام

يقام مقام القراة في حق الاخرس في الصلاة واجرا الموسى
مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن
يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي
حنيفة لان روية الوكيل روية الموكل على ما مر انفا
قال ومن راى احد الثوبين فاشتراهما
ثم راى الاخر جاز له ان يردهما لان روية احدهما لا تكون
روية الاخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره
ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة
قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الروية
قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضا ولا رضا
ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الروية بطل
خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرنا في خيار
الشرط ومن راى شيا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على
الصفة التي راه فلا خيار له لان العلم باوصافه
حاصل له بالروية السابقة فلا يثبت الخيار الا اذا كان
لا يعلم مرييه لعدم الرضا به وان وجده متغيرا فله الخيار
لان تلك الروية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان
اختلفا في التغير فالقول للبايع لان التغير حادث
وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا
لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الروية
لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله
قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع ع
منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيا منها الا من عيب

وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه
وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الروية
والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة
تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله
وفيه وضع المسئلة فان عاد اليه بسبب هو فسخ فهو
علي خيار الروية كذا ذكره شمس الايمة السرخسي
وعن ابي يوسف رحمه الله لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط
وعليه اعتمد القدوري رحمه الله والله اعلم

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري علي عيب في المبيع فهو بالخيار ان شا
اخذه بجميع الثمن وان شا رده لان مطلق العقد يقتضي
وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم
ما لا يرضي به وليس له ان يمسكه وياخذ النقصان لان
الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن في مجرد العقد ولانه
لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمي فيتضرر به ودفع
الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد
به عيب كان عند البايع ولم يره المشتري عند البيع ولا
عند القبض لان ذلك رضا به قال وكل ما
اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان
التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة
والمرجع في معرفته عرف اهله قال والاباق
والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ
فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتي يعاوده بعد البلوغ
ومعناه

ومعناه اذا ظهرت عند البايع في صغره ثم حدثت
عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك
وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان
سبب هذه الاشيا يختلف بالصغر والكبر فالبول في
الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في
الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة
وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل
فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا ابق فلا يتحقق عيبا
قال والجنون في الصغير عيب ابدا ومعناه
اذا جن في الصغر في يد البايع ثم عاوده في يد المشتري
فيه او الكبير يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين
متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة
في يد المشتري لان الله تعالي قادر علي ازالته وان كان
قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال
والبخر والذفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون
الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام
لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون
من دا لان الدا عيب قال والزنا وولد
الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود
في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل
بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا
عادة علي ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال
والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته

ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فيختل الرغبة فلو
اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال
العيب فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او مستحاضة فهو
عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في
الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهي سبعة عشر سنة
فيها عند ابي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامة
فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو
الصحيح واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على
عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد
المبيع لان الرد بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد
اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود اليه
معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع
بالنقصان الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه لانه رضي
بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد
به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب
حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان
الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع
بشي لان الرد ممتنع برضا البائع فيصير بالبيع حابس
المبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه
او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على
عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة
لانه لا وجه للفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك
عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة
فامتنع

فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه لان الامتناع
لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعدما راى
العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله
فلا يكون بالبيع حابسا المبيع وعن هذا قلنا ان من
اشترى ثوبا فقطعه فقطعه لباسا لولده الصغير
وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد
كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة
وفي الثاني بعده بالتسليم اليه قال
ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على
عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به
والامتناع بنقصانه حكمي لا بفعله واما الاعتاق
فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع فيه بفعله فصار
كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك
لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت
الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء وصار كالموت
وهذا لان الشي يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك
باق والرد يتعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق
لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي واذا اعتقه على
مال لم يرجع بشي لانه انهاء الملك حبس بدله وحبس
البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يرجع
لانه انهاء للملك وان كان بعوض فان قتل المشتري
العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشي عند ابي حنيفة

رحمه الله اما القتل فالمذكور هنا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما سقط الضمان هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا يرى ان البيع مما يقصد بالشرا ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشي واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لان الكسر لم يرد لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان

العيب

العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضا القاضي باقرار او ببينة او باباء يمين له ان يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضا ومعنى القضا بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث كان ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود هنا بيعان فيفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضا القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضا القاضي بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وهذا يبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث مثله سواء وفي بعض روايات البيوع انه فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند البايع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البايع او يقيم

المشتري البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر
تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه
بازاء تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله يظهر العيب
فينتقض القضا فلا يقضي به صونا لقضايه عن النقض
قال فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف
البايع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا
بالبايع وليس في دفع الثمن كثير ضرر به لانه على
حجته اما اذا نكل لزم العيب لانه حجة فيه قال
ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البايع حتى يقيم
المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف انه لم يابق
عنده لان القول وان كان قوله لكن انكاره انما يعتبر
بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة
فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما
ابق عنده قط كذا قال في الكتاب وان شا حلفه بالله
ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله
ما ابق عندك قط اما لا يحلف بالله لقد باعه وما به
هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا
العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد
يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد
والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتاوله
في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو
لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد
تحليف البايع ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما
واختلف

واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله لهما
ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا
يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على
دعوى صحيحة وليس تصح الا من خصم ولا يصير خصما
فيه الا بعد قيام العيب قال واذا نكل عن اليمين
عنده يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي بينا قال
رضي الله عنه ان كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله
ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب
رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية
وتقابضا فوجد بها عيبا وقال البايع بعتك هذه
واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول
قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون
القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على
مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال
ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما
فوجد بالاخر عيبا فانه ياخذهما لان الصفقة تتم
بقبضهما فيكون تفريقا قبل التمام وقد ذكرناه وهذا
لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق
في العقد قال ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا
فيه ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة والاصح
انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة يتعلق
بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع
تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض

جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده
خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة
ولا يعري عن ضرر لان العادة قد جرت بضم
الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار
الروية والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام
لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار
الروية والشرط لا يتم به على ما مر ولهذا لو
استحق احدهما ليس له ان يرد الاخر
قال ومن اشترى شيا مما يكال او يوزن
فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده
بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد
فهو كشي واحد الا يرى انه يسمى باسم واحد
وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان
في وعاء واحد فان كان في وعاءين
فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء
الذي وجد فيه العيب دون الاخر ولو استحق
البعض فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض
والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء
العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما
اذا كان قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة
قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص عيب
فيه وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف
المكيل والموزون قال ومن اشترى جارية

فوجد

فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته
فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط
لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب
مسقطا وان ركبها ليردها الى بايعها او ليسقيها او ليشتري
لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب
في السقي وشرا العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه
اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في وعاء واحد اما اذا كان يجد منه
بدا لانعدام ما ذكرناه يكون رضا قال ومن اشترى
عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري فله ان يرده وياخذ
الثمن عند ابي حنيفة وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا
الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب في يد البايع
والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب
عندهما لهما ان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وانه لا
ينافي المالية فانعقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه
عند تعذر رده فصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت
في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير
حامل وله ان سبب الوجوب في يد البايع والوجوب يفضي
الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار
كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية كانت في يد
الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة قال
ولو سرق في يد البايع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما
يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البايع
للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البايع فبثلاثة

للاربع لان البدن للادمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي
احدهما الرجوع فيتنصف قال ولو تداولته
الايدي ثم قطع في يد الاخير ترجع الباعة بعضهم على بعض
عنده كما في الاستحقاق وعندهما لا يرجع الاخير على بايعه
ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب
ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به
ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ع
قال ومن باع عبدا وشرط البراة من كل عيب فليس
له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي
رحمه الله لا يصح البراة بناء على مذهبه لان الابراء عن الحقوق
المجهولة لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة
وان كان في ضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون
مفسدة ويدخل في هذه البراة العيب الموجود والحادث قبل
القبض في قول ابي يوسف وقال محمد لا يدخل فيه الحادث
وهو قول زفر لان البراة تتناول الثابت ولابي يوسف ان الغرض
الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراة
عن الموجود والحادث والله اعلم

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع
بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر
قال هذه رحمه الله فصول جمعها وفيها تفصيل
نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا
بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال لان هذه
الاشيا

الاشيا لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد
لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال
عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك
المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ
لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض
يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشرا
وفيه القيمة وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني
قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى
والبيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون
المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي و
سنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم
والخنزير والحر باطل لانهما ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع
واما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير
فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك
ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق
ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم
لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد
مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم مم
غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود
الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب
بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر
وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك
الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية

ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه
يعتبر شرا الخمر بالثوب لكونه مقايضة قال وبيع ام
الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق
العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام اعتقها
ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان
الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق
المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله وانه لا يجوز قال
ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد
المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه
في العتاق وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عن ابي
حنيفة رحمه الله لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه
كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع
حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه
فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع
انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة
البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما
وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري
لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول
فيما ضم اليه وكذا ها هنا قال ولا يجوز بيع السمك
في الماء قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة الا اذا كان
لا يوخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه
ثم القاه فيها وان كان يوخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت

بانفسها

بانفسها فيها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك قال
ولا يجوز بيع الطير في الهوا لانه قبل الاخذ غير مملوك ولو ارسله
من يده فغير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي
عليه الصلاة والسلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا
قال ولا بيع اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ
ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره
ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت
من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد
من اعلاه وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف
متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه الصلاة
والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في الضرع
وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رحمه الله عن بيع
الصوف حيث جوزه فيما يروى عنه قال وجذع في
سقف وذراع من ثوب ذكر القطع او لم يذكراه لانه
لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم
من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا
لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البايع الذراع او قلع
الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال
المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البطيخ حيث لا يكون البزر في
صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجوده احتمالا
اما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج
من الصيد بضربة الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا
قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخل بتمر مجذوذ

مثل كيله خرصًا لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة
والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها
بحنطة مثل كيلها خرصًا ولانه باع مكيلًا بمكيل من جنسه فلا
يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذلك العنب
بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق
لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا
وهو ان يباع بخرصها تمرًا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية
العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخل من المعري
بتمر مجذوذ وهو بيع مجازًا لانه لم يملكه فيكون برًا مبتدأ قال
ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والمنابذة والملامسة وهذه بيوع
كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي
يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او
وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول
الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي
عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه
تعليقًا بالخطر قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة
المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز
استحسانًا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع
المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على
ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها
عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك
عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا
اولى قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة

رحمه الله وابي يوسف رحمه الله قال محمد رحمه الله يجوز اذا كان
محرزًا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة
وشرعًا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه
من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج
منه لا بعينه فلا يكون منتفعًا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة
فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعًا له كذا ذكره الكرخي
رحمه الله قال ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه من الهوام وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز اذا ظهر
فيه القز تبعًا له وعند محمد يجوز كيف ما كان لكونه منتفعًا
به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما في
دوده قال والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها
جاز البيع لانه مال مقدور التسليم قال ولا يجوز بيع
الابق لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عنه ولانه لا يقدر على
تسليمه الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي عنه
بيع ابق مطلق وهو ان يكون ابقًا في حق المتعاقدين وهذا
غير ابق في حق المشتري ولانه ان كان عند المشتري انتفى العجز
عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضًا بمجرد العقد
اذا كان في يده وكان المشتري اشهد لانه امانة عنده وقبض
الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير
قابضًا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه
مني فباعه لا يجوز لانه ابق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر
على تسليمه ولو باع الابق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد

لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهوا وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه يتم العقد لو اذا لم يفسخ لان العقد
قد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم
كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروي عن محمد قال ولا بيع
لبن امراة في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب
طاهر ولنا انه جزء الادمي وهو بجميع اجزايه مكرم مصون
عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة
والامة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه
يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزيها قلنا الرق قد
حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي
هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن قال ولا يجوز بيع
شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز
الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتاتى الا به
ولو وجد مباح الاصل فلا ضرورة في بيعه ولو وقع في الماء
القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا يفسده لان
اطلاق الانتفاع للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة
الوقوع تغايرها قال ولا يجوز بيع شعور الادميين
ولا الانتفاع بها لان الادمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون
شي من اجزايه مهانا مبتذلا وقال عليه الصلاة والسلام
لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما
يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوايبهن قال
ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع بها
قال عليه الصلاة لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم
لغير

لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلاة ولا باس ببيعها والانتفاع
بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة
ولا باس ببيع عظام الميتة وصوفها وعصبها وقرنها وشعرها
ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم
الحياة وقد ذكرناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين وعند
محمد وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به
قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لاخر فسقطا او سقط
العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق
التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل
للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق
الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ
من الما ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره
في كتاب الشرب قال وبيع الطريق وهبته جايز وبيع
مسيل الماء وهبته باطل والمسالة تحتمل وجهين رقبة
الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان
الاول فوجه الفرق بين المسالتين ان الطريق معلوم
لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل مجهول لانه لا يدري قدر
ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي حق المرور روايتان ووجه
الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور
معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما التسييل على
السطح وهو نظير حق التعلي على احدى الروايتين ان
حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع
اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان

قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بخلاف ما اذا
باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق
يبتني على الاصل الذي ذكرناه في كتاب النكاح لمحمد وهو ان الاشارة
مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد
بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار
اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى
عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى
من بني ادم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات
جنس واحد لقلة التفاوت فيها وهو المعتبر في هذا دون
الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على
ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما قال ومن اشترى
جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من
البايع بخمسماية قبل نقد الثمن لا يجوز البيع وقال الشافعي
لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البايع وغيره
سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا
قول عايشة رضي الله عنها لتلك المراة وقد باعت بستماية
بعدما اشترت بثمانماية بيسما شريت واشتريت ابلغي
زيد ابن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه
فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل
خمسماية وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل
انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية
بخمسماية ثم باعها واخرى معها من البايع قبل ان ينقد
الثمن

الثمن خمسماية فالبيع جايز في التي لم يشترها منه فيكون
مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا
المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها
لكونه مجتهدا فيه ولانه باعتبار شبهة الربا فيها او لانه طاري
لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها
قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه ويطرح
عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى
على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا
يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى
في زق ورد الظرف وهو عشرة ارطال وقال البايع الزق غير
هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه اذا اعتبر
اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض
ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في
الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر
الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او
شرايها ففعل جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم
وعلى هذا الخلاف الخنزير وهو على هذا الخلاف ايضا توكيل المحرم
غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت
للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز
ولابي حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل باهليته وانتقال
الملك الى الامر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما
او اشتراهما عبد ماذون ثم ان كان خمرا يخللها وان كان
خنزيرا يسيبه قال ومن باع عبدا على ان يعتقه

المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد
لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام
عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو
من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري
العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربا
ولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده
الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان
لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر
من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه
انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة اذا ثبت
هذا نقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضية العقد
الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط تقتضي ذلك
وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي وان كان يخالفنا في العتق
ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير
البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه
فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع
حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبقى
فاسدا حتى وجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا
فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه اخر ولابي حنيفة ان شرط
العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث
حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا
يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب واذا تلف بوجه اخر لم يتحقق
الملايمة

الملايمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملايمة
فيترجح جانب الجواز فكان ذلك موقوفا قال وكذلك
اذا باع عبدا على ان يستخدمه البايع شهرا او دارا على ان
يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي
له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد
المتعاقدين ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف
ولانه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون
اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما شيء يكون اعارة في بيع وقد
نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة
قال ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى راس الشهر فالبيع
فاسد لان الاجل في العين المبيع باطل فيكون شرطا فاسدا
وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان
قال ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع
والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من
العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف
الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء
يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا
والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمعنى البيع
لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة
ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح
والخلع عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل
الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفا سدة
وكذلك الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون

الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث
يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى الخدمة لان
الميراث لا يجري فيه قال ومن اشترى ثوبا على ان
يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد
لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ي
ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر قال
ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه
فالبيع فاسد قال رحمه الله وما ذكره جواب
القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل
فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع
والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى
وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة
الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها
على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما
او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم
لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة قال ولا
يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف ف
والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات
جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة
يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها ولانه
معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان
تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه
لا يحتملها

لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا
ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا التاجيل
تاجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة
ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد
ولو باع الى هذه الاجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان
ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج
جاز البيع ايضا وقال زفر لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب
جائزا فصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان
الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في
شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف
ما اذا باع الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد
وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهي عقد غير عقد النكاح ح
وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل
يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع
بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد
ثمنا جاز في العبد والذكية وان جمع بين عبد ومدبر
او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن
عند الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك
التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار
بالفصل الاول اذ محلية البيع منعدمة بالاضافة الى الكل
ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع
بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يكن سمى ثمن

كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين
ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة
واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العقد وهذا شرط فاسد
بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء
موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ
في عبد الغير حتى يجوز بإجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح
وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي
يوسف الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم
انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء
كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا
لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتدا
ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي
العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته
قيمته وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا
ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد
بينهما ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع
بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر
من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفا
في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام
والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور
فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك انما المحظور ما يجاوره

كما

كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي
الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد
فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف
لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة
الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان
الخمر مثمنا فقد خرجناه وشي اخر وهو ان في الخمر الواجب
هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض
باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه
في مجلس العقد يصح استحسانا وهو الصحيح لان البيع
تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل
الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض
في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون
في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع
وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم
والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات
القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون
بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة
ومعنى اعدل من المثل معنى قال ولكل واحد من
المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض
ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا
بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان
كان الفساد لشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون
من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق

من له الشرط فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه
بالقبض فيملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق
حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد
مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه
والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف
ولانه حصل بتسليط من جهة البايع بخلاف تصرف المشتري
في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد فيستويان
في المشروعية وما حصل بتسليط من جهة الشفيع قال
ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه
او وهبه وسلمه فهو جايز وعليه القيمة لما ذكرنا انه
ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلكت
فتلزمه القيمة وبالهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر
والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود
حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع
وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد
عذر ولانها تنعقد شيا فشيا فيكون الرد امتناعا
قال وليس للبايع في البيع الفاسد ان ياخذ
المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا
به كالرهن وان مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي
الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمايه
بعده كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قايمة ياخذها بعينها
لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب
وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال ومن باع
دارا

دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي
حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير
ثم شك بعد ذلك في الرواية قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الخلاف
لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع حتى يحتاج فيه
الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البايع ثم اضعف الحقين
لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد
به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البايع فينقطع الاسترداد
كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا
لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك
يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة وقد نص محمد على
الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على
انقطاع حق البايع بالبناء وثبوته على الاختلاف قال
ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح
فيها تصدق بالربح ويطيب للبايع ما ربح في الثمن والفرق
ان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها فيتمكن
الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم
يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب
التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما
الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد يشمل النوعين
لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة
من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند
فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى

بشبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها
قال وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه
ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في
الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك هنا لان
الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق
وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن النجش وهو
ان يزيد في الثمن ولا يريد شراءه ليرغب غيره قال عليه
الصلاة والسلام لا تناجشوا وعليه الصلاة والسلام
وعن السوم على سوم غيره قال عليه الصلاة والسلام
لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه
ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضيا المتعاقدان
على مبلغ من الثمن في المساومة فان لم يركن احدهما الى
الآخر فهو بيع من يزيد فلا باس به على ما نذكره وما ذكرناه
محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا
اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر لا باس به الا اذا كان
يلبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرر
والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي وقال عليه
الصلاة والسلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان
اهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البدو طمعا
في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك
فلا باس به لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة

قال

قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على
بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة
قال كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان
الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط
الصحة قال ولا باس ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء
والحاجة ماسة اليه

نوع منه
اي من البيع المكروه

قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم
منه من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك اذا كان احدهما كبيرا
والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه
غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعلت بالغلامين
فقال بعت احدهما ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان
الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده
فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد
وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع
معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم وغير
قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق
بينهما لان النص ورد على خلاف القياس فيقتصر على مورده
ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين
له والآخر لصغيره لا باس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق
بحق مستحق لا باس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين
ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به
قال فان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف

انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع
ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع
الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله
وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام فان كانا
كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد
به النص وقد صح ان النبي عليه الصلاة والسلام فرق بين
مارية وسيرين وكانتا امتين اختين والله اعلم

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه الصلاة
والسلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثراته يوم القيامة
ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان
شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول
والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في
حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي
حنيفة وعند ابي يوسف هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا
فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فتبطل وعند محمد هو فسخ الا
اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فتبطل
لمحمد ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي
فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع
الا ترى انه بيع في حق ثالث ولابي يوسف انه مبادلة المال
بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة
ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي
حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا

والاصل

والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل
اللفظ ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه
ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا
في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو
الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت
هذا فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر
الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط
لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف الزيادة لان
البيع البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربا
اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان
يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان
الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة
يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد رحمه الله
لان جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا
في شرط الاقل عند ابي يوسف لانه هو الاصل عنده وعند محمد
هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول
ولو سكت عن الكل وقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف
ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما قلنا ولو اقال
بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة
ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما قلنا ولو ولدت المبيعة
ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ
وعندهما تكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره
فسخ عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف رحمه الله في المنقول

لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع
فان بيع العقار قبل القبض جائز قال وهلاك الثمن
لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع صحتها لان رفع
البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك
بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقا بضا
تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بعد هلاك احدهما
لان كل واحد منهما مبيع وكان البيع باقيا والله اعلم

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة
ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة
ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة
الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة
يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل
ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبنا هما
على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح
ان النبي عليه الصلاة والسلام لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر
رضي الله تعالى عنه بعيرين فقال له النبي عليه الصلاة والسلام
ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن
فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض
مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة
ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد
باعه بربح درهم او بشيء من المكيل والموزون الموصوف جاز
لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده

لا يجوز

لا يجوز لانه باعه براس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات
الامثال ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصباغ
والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق
هذه الاشياء براس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع
او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه
الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة
اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول
اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل
بخلاف اجر الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا اثر له في العين
ولا في المعنى وبخلاف اجر التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى
فيه وهو حذاقته قال فان اطلع المشتري على خيا نه
في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع
الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها
من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه
الله يخير فيهما لمحمد رحمه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه
معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا
مرغوبا كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف رحمه الله
ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله
وليتك بالثمن الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية
قدر الخيانة من راس المال وفي المرابحة منه ومن الربح
ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانه يزيد
على الثمن الاول فيتغير التصرف فيتعين الحط وفي المرابحة
لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف

فامكن القول بالتخيير ولو هلك قبل ان يرده او حدث
فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة
لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الروية والشرط
بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط
ما يقابله عند عجزه **قال** ومن اشترى ثوبا فباعه بربح
ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل
ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن
الاخير صورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم
اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام
علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة
ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه
مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد
متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه
كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول
الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعد ما كان على
شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة
في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح
لشبهة الحطيطة وصار كما اذا اشترى خمسة وثوبا بعشرة
فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره
قال واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا
بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر

فانه

فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه
فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه
مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار
للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل
الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن
الاول **قال** واذا كان مع المضارب عشرة دراهم
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال
بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان
هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا
لزفر مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية
التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة
العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع
عدما في حق نصف الربح **قال** ومن اشترى جارية فاعورت
او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس
عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها
الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن
وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما اذا لم
ينقصها الوطء وعن ابي يوسف رحمه الله في الفصل الاول
انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول
الشافعي فاما اذا فقا عينها بنفسه او فقاها اجنبي
فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا
بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر
لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن

اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة
من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى
يبين والمعنى ما بينا قال ومن اشترى غلاما بالف
درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري
فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى
انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة
بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما
مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة
عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان
استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله
شيء من الثمن قال وان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان
شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن
الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو
نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق ق
وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن
حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا
في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف
كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال
قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري
بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه
البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء
تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس

جعل

جعل كابتداء العقد وصار كتاخير القبول الى اخر المجلس
وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع
شيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله
لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية والله تعالى اعلم

فصل فيما ينقل ويحول

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه
لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه
غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار
قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز
رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار
كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله
ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول
والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول
به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم
فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر
ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او
اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه
ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان
النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري
فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل
ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير
حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان
الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له

ب
وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الذرع وصف في الثوب
بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البايع قبل البيع وان كان
بحضرة المشتري لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو
الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل
من باب التسليم لانه به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا
بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري فقد
قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين
والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل
واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع
الصفقتين على ما بين في باب السلم ان شا الله تعالى
ولو اشترى معدودا عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما
لانه ليس بمال الربوا او كالموزون فيما روي عن ابي حنيفة
رحمه الله لانه لا يحل له الزيادة على المشروط قال
والتصرف في الثمن قبل القبض جايز لقيام المطلق وهو
الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها
بالتعين بخلاف المبيع قال ويجوز للبايع ان يزيد
المشتري في المبيع ويجوز للمشتري ان يزيد البايع في الثمن
ويجوز ان يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع
ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا
وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق
بل على اعتبار ابتدا الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة
ثمنا لانه يصير ملكه عوض عن ملكه فلا يلتحق
باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا
بكل

بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا ولنا انهما بالحط
والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف
مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية
الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا
الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بالعقد لان
وصف الشي يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل
لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحا ق
لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية
والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي
في الحط وبالشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان
للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال
حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك
المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح
الاعتياض عنه والشي يثبت ثم يستند بخلاف الحط
لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل
العقد استنادا قال ومن باع بثمن حال ثم اجله
اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره
تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا
فكذا موقتا ولو اجله الى مجهول اذا كانت الجهالة لم متفا حشة
كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس
يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين
حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض
فان تاجيله لم يصح لانه اعارة وصلة في الابتدا حتى يصح

بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والقاضي
والمكاتب والمأذون ومفاوضة في الامهات وعلى اعتبار
الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع ع
وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم
نسيئة وهو ربا وهذا بخلاف ما لو اوصى ان يقرض
من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان
ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة
الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى له والله اعلم

باب الربا

قال الربا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه
والعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضي الله
عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث
المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثل
بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير
والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى
بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع
التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع
القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي
الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية
شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص
على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة
والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار
العزة والخطر وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء

الاموال

الاموال التي هي مناط المصالح بهما ولا اثر للجنسية في ذلك
فجعلناه شرطا محضا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا
انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه
تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل
او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال
التسليم به ثم يلزمه عند فوته حرمة الربا والمماثلة
بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي
الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك
فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين
في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف
لانه لا يعد تفاوتا عرفا ولان في اعتباره سد باب البياعات
او لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديها سواء والطعم
والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها
الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق
فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا فنقول اذا بيع المكيل
او الموزون بجنسه متفاضلا لا يجوز لتحقق الربا ولو
باع يدا بيد مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو
المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا
بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان
تفاضلا لم يجز لتحقق الربا ولا يجوز بيع الجيد بالرديء ي
مما فيه الربا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف
ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين

لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا
كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله
العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون
نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع
بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه
متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس
وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال واذا عدم
الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل
والنسا لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجد
احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا مثل ان يسلم
هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين
وحرمة النسا باحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده
لا يحرم النسا لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة
الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد
بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربا من وجه نظرا الى
القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتتحقق
شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم
النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن
لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران
يوزن بالامناء وهو مثمن فيتعين بالتعيين والنقود
توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو
باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن
وفي

وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة
ومعنى وحكما لم تجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة
فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وكل شيء نص رسول الله
صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان
ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح
وكل ما نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه
وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى
من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول
على عادات الناس لانها دلالة عليه وعن ابي يوسف رحمه الله
يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك
لمكان العادة وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى
هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه
متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل
على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام
في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم قال
وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي
لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا
بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال
لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة
المجازفة قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان
يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام
الفضة بالفضة هاء وهاء ومعناه يدا بيد وسنبين الفقه
في الصرف ان شاء الله تعالى قال وما سواه مما فيه الربا يعتبر

فيه التعيين ولا يعتبر التقابض خلافا للشافعي رحمه الله في بيع
الطعام بالطعام له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف ف
يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد
مزية فيثبت شبهة الربا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه
القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من
التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه
ليتعين به ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين
وكذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا
في المالية عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع
البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين
لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي يخالفنا فيه
لوجود الطعم على ما مر ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية
تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت
اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم
بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما
اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت
تتعين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العداد في
نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين تبين
بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا
بغير اعيانهما لانه كالئ بكالئ وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا
كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء
قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق
لان

لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار
فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة
لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان
كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا
لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي
حنيفة رحمه الله متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق
بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام
المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف
المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما
فلا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة
بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه
لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه
من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك
يتحقق الربا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة
اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما
ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة
ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف
تلك المسألة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز
بينه وبين الثجير قال ويجوز بيع التمر الرطب
بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز
لقوله عليه الصلاة والسلام لا اذا ولهما ان الرطب تمر لقوله
عليه الصلاة والسلام حين اهدي اليه رطب او كل تمر خيبر

هكذا اسماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو
كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره
وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعو
كيف شئتم ويذكر ما رويناه على زيد ابي عياش وهو ضعيف
عند النقلة قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على
الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا
بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا
كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة
او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع
بالمنقع او غير المنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك لانه يعتبر المساواة
في اعدل الاحوال وهو المال وابو حنيفة يعتبره في الحال
وكذا ابو يوسف عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا
الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق
لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت
فيها يظهر مع بقا البدلين على الاسم الذي عقد عليه
العقد وفي التمر بالرطب مع بقا احدهما على ذلك فيكون
تفاوتا في عين المعقود عليه فيعتبر وفي الرطب
بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا
في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا
لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه
بما شا من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا
الاسم

الاسم له من اول ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى عددي
متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة
قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم
بالشيرج حتى يكون الدهن والشيرج مما يكون في الزيتون
والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند
ذلك يعرى عن الربا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان
ما فيه لو كان اكثر او متساويا فالثجير وبعض الدهن او الثجير
وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا
والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه
والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار
واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف
ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة
بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم
واما البقر والجواميس فجنس وكذا المعز مع الضان وكذا
العراب مع البخاتي قال وكذا البان البقر والغنم
وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا
ان الاصول مختلفة حتى يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكاة
فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل
بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا ما بين ماءيهما
ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم
جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم
البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع

الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا
او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة
مكيلة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه والفتوى
على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة
جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف وعليه
الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في
استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتاخر
وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف يجوز
وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده قال ولا
ربا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه
فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان ماذونا له ولم يكن عليه دين
وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملكه ملك
المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق
الغرما فصار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه
وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب
خلافا لابي يوسف والشافعي لهما الاعتبار بالمستامن
منهم في دارنا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ولا ربا بين
المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي
طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف
المستامن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان والله اعلم

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه
بكل

بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو له فيه او منه
ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الاعلى ومن
اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع
بين البيت والمنزل والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه
اسم لما ادير عليه الحدود والعلو مثله والشي لا يكون تبعا
لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار
والبيت لانه يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا
يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا
عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل
في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه ولا
يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف
لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي
حنيفة رحمه الله لانه مبني على هوا الطريق فاخذ حكمه
وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شي مما
ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف ومن اشترى بيتا
في دار او مسكنا او منزلا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه
بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب
والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر
التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق
الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل
تحصيلا للفائدة المطلوبة منها اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه
لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه
من غيره فتحصل الفائدة والله تعالى اعلم

باب الاستحقاق

ومن اشتري جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه
ياخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها
ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها
مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها
فيكون له اما الاقرار فحجة قاصرة تثبت الملك في المخبر به ضرورة
صحة الاخبار وقد اندفعت باثباتها بعد الانفصال فلا
يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضا بالام تبعا
وقيل يشترط القضا بالولد واليه تشير المسايل فان القاضي
اذا لم يعلم بالزوايد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوايد في الحكم
وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا قال
ومن اشتري عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري
اشترني فاني عبد فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة معرو فة
لم يكن علي العبد شي وان كان البايع لا يدري اين هو رجع المشتري
علي العبد ورجع هو علي البايع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية
فوجده حرا لم يرجع عليه علي كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا
يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود
ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال
ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري
شرع في الشرا معتمدا علي امره واقراره باني عبد اذ القول
له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشرا ضامنا للثمن عند
تعذر رجوعه علي البايع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر
الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل
الامر

الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه
ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفا عين حقه حتي
يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال
فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبا
بقوله فلا يتحقق الغرور نظيره مسئلتنا قول المولي بايعوا
عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون
عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال علي قول ابي حنيفة
لان الدعوي في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوي
وقيل اذا كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد
المولي به وصار كالمختلعة تقيم البينة علي الطلقات الثلاث
قبل الخلع والمكاتب يقيمها علي الاعتاق قبل الكتابة ومن ادعي حقا
في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده علي ماية درهم
فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشي لان للمدعي ان يقول
دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه علي ماية درهم
فاستحق منها شي رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب
الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة علي
ان الصلح عن المجهول علي المعلوم عن مجهول علي معلوم جايز
لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الي المنازعة والله اعلم

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شا
اجاز البيع وان شا فسخ وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه
لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقد
ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد انعقد

من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك
مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفي مونة طلب المشتري
وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغا
وفيه نفع المشتري فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه
الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في
التصرف النافع قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه
باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف المالك في العقد
فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه
واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل
لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان
يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي
في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا وان كان
عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم
هذه الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض
الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن
مثليا لانه شرا من وجه والشرا لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك
لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث
لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم
حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد
لان الاصل بقاوه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى
يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة
فلا يثبت مع الشك قال ومن غصب عبدا فباعه
واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز

استحسانا

استحسانا وعن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد لا يجوز لانه
لا عتق بدون الملك قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملكه
ابن ادم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الاخرة يثبت مستندا
وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل
لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يودي الضمان ولا
ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وكذا لا يصح
بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى
نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري
من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك يثبت موقوفا
بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر
فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق
المشتري من الراهن واعتاق الوارث عبدا من التركة
وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك
بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة
الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق
وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري
من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا
طرا على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان
ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح فان قطعت
يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك
تم له من وقت الشرا فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه
حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق
الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون

الارش للمولى وكذا ان قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبايع
ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق
بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك
قال فان باعه المشتري من اخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم
يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار
عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عنده
لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات
في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها
قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب
البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك
للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات
بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل
له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد
غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البايع او رب
العبد انه لم يامر بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض
في الدعوى اذ الاقدام على الشرا اقرار منه بصحته والبينة مبنية
على صحة الدعوى وان اقر البايع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب
المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري
ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط
طلب المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البايع
لانه للمستحق تقبل بينته وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة
في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع
بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دار

رجل

رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البايع عند ابي حنيفة رحمه
الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اخرا وكان يقول اولا يضمن البايع
وهو قول محمد رحمه الله وهي مسئلة وستبينه ان شاء الله والله اعلم

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو اية المداينة فقد قال ابن عباس
رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل
فيه اطول اية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين
الاية وبالسنة وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يابا ه ولكنا تركناه
بما رويناه ووجه القياس انه بيع انه بيع المعدوم اذ المبيع
هو المسلم فيه قال وهو جايز في المكيلات والموزونات
لقوله عليه الصلاة والسلام من اسلم منكم فليسلم في كيل
معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات
غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون
مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد
بيعا بثمن موجل تحصيلا للمقصود المتعاقدين بحسب
الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح
لان التصحيح انما يجب في محل اوجب العقد فيه ولا يمكن
قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر
الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة
فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في العدديات التي لا تتفاوت
كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط
الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير

سوا باصطلاح الناس علي اهدار التفاوت فيه بخلاف البطيخ
والرمان لانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت احاده في المالية
يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في
بيض النعامة لانه لا يتفاوت احاده في المالية ثم كما يجوز السلم
فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددي
ليس بمكيل وعنه لا يجوز انه عددي ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار
تارة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح
فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا
عند ابي حنيفة وعند محمد لا يجوز لانها اثمان ولهما
ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما فلا
تعود وزنا وقد ذكرناه من قبل قال ولا يجوز السلم
في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله لانه يصير معلوما
ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد
ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر
يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة
فيفضي الي المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد
فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا علي منوال واحد
وقد صح ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان
ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال ولا في
اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت
لا مقدر لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما
ولا في الرطبة جرزا للتفاوت اذا لا عرف ذلك الا اذا بين طول
ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان علي
وجه

وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم
فيه موجودا من حين العقد الي حين المحل حتى لو كان منقطعا عند
العقد موجودا عند المحل او علي العكس او منقطعا فيما بين
ذلك لا يجوز وقال الشافعي اذا كان موجودا وقت المحل لوجود
القدرة علي التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة
علي التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن
من التحصيل قال ولو انقطع بعد المحل فرب السلم
بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم
قد صح والعجز الطاري علي شرف الزوال فصار كاباق المبيع
قبل القبض قال ويجوز في السمك المالح وزنا معلوما
وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور
التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت
قال ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا
معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمن الشتاء حتى لو كان في بلد
لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي
حنيفة رحمه الله لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع
اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم
في اللحم عند ابي حنيفة وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة
معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل
ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم الطيور
فانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة
العظم وكثرته او في سمنه وهزاله وهذه الجهالة مفضية الي المنازعة

كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل
اكثر من نصف يوم والاول اصح قال ولا يجوز السلم بمكيال رجل
بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقداره لانه يتأخر
فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل
قال ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط
كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب
لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف
رحمه الله قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها
لانه قد يعتريه آفة فلا تقدر على التسليم واليه اشار عليه الصلاة
والسلام حيث قال ارأيت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم
مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس
به على ما قالوا كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة
قال ولا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله الا بسبع شرائط
تذكر في العقد جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع
معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة
كقولنا جيد او ردي ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال
معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه
ما بيناه ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد
على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان
الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى
تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم
ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان
المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار
كالثوب

كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس
فلو لم يعلم قدره لا يدري كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل
المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا
العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس
المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره
ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل
واحد او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية
ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه
ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيصير نظير اول اوقات الامكان
في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رحمه الله
ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف
القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى
المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد
من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال
من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة
وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى
هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما
دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل
لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا
وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعندهما
يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال
وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع
لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال

رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات
انه يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا
وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل
يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق قال ولو عين المصر
فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة
فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال
قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين
وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الكالي بالكالي وان كان
عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف
ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق
معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب
المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا انه لا يصح السلم
اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض
لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار
الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض
ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال قائم جاز
خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم
اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله
وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله قال فان اسلم
مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة
نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة
النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ
اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق

صح

صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين
في البيع الا ترى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل
البيع فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف في راس مال
السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت
القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف
في المبيع قبل القبض لا يجوز قال ولا يجوز الشركة والتولية
في المسلم فيه قبل قبضه لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له
ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه لقوله
عليه الصلاة والسلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند
الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه
وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم
فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله
الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل
وجه وفيه خلاف زفر والحجة عليه ما ذكرناه قال
ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب
السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم
يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت
الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي
ص عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه
صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا
لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين
غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو
الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما

وكان قرضا فامر بقبض الكر جاز لان القرض اعارة
ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ
مطلقا حكما فلا تجتمع صفقتان قال ومن
في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم
ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه
لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار
المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها
فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها
المديون فيه لم يصر قابضا قال ولو كانت الحنطة مشتراة
والمسألة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف
ملكه لان ملك العين بالبيع الا يرى انه لو امره بالطحن كان
الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشرى للمشتري لصحة الامر
وكذا لو امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال
المسلم اليه وفي الشرى من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا
ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشرى في الصحيح لانه نايب عنه
في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري قال ولو امره
في الشرى ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه
استعار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر في يده فكذا
ما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من
بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا
ولو اجتمع العين والدين والغرائر للمشتري ان بدا بالعين
صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله
بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة

وامره

وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره
ان يزيد عليه من عنده نصف دينار وان بدا بالدين لم يصر
قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه
بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة فينتقض
البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مراده
البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء
شركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما
قال ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه
ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو
تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء
العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه
انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه وان جاز ابتداء
اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم
فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب
رد قيمتها قال ومن اشترى جارية بالف ثم تقايلا فماتت
في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة
لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية ولا يبقى العقد بعد هلاكها
فلا تصح الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف
بيع المقايضة حيث تصح الاقالة ويبقى بعد هلاك احد
العوضين لان كل واحد منهما مبيع قال ومن اسلم
الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك رديا
وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب

السلم متعنت في انكار الصحة لان المسلم فيه يربو على راس
المال وفي عكسه فالواجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي
حنيفة لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول
للمسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول
قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حق له والاجل
والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع
في رد راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم
عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة
وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة
وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف
مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي
مجرد دعوى استحقاق الربح بالاتفاق وان خرج خصومة بما
وقع الاتفاق على عقد واحد فالقول قول لمدعي الصحة عنده وعند
المنكر وان انكر الصحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين
طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في مقدار معلوم مضبوط والتسليم على ما
ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه
قال ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان احادها تتفاوت
تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه
مما يعلم بالوزن قال ولا باس بالسلم في اللبن والاجر اذا سمي
ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن قال
وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي
الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم
فيه

فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا والجهالة تفضي الى المنازعة
قال ولا باس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك
اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه
لانه دين مجهول وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا
بالاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم
والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما
والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من
صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار
حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح
قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى
شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة
رحمه الله ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو
قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا خيار لهما اما الصانع
فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه
لا يشتريه غيره بمثله قال ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب ب
لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما جوزناه اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن
التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما
عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما
بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل
على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم
الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة
فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى والله اعلم

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم
في ذلك سوا وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلاة والسلام
ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة
تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه وكان منتفيا ولنا انه عليه
الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع
به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية
لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتدا قلعا لهم عن الاقتنا ولا نسلم
نجاسة العين ولو سلم يحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع
الخمر والخنزير لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذي حرم شربها حرم
بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل
الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك
الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم
مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة
فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير
كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم
وما يعتقدون دل عليه قول رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر
من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف
درهم على اني ضامن لك خمسماية من الثمن سوى الالف فهو جايز
وياخذ الالف من المشتري والخمسماية من الضامن وان كان لم يقل
من الثمن جاز البيع بالالف ولا شي على الضمين واصله ان الزيادة
في الثمن والمثمن جايزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر
والشافعي لانه تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع
وهو

وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها
بان يزاد على الثمن وتحويه ذي المبيع بدونها فيصح اشتراطها
على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة
فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح
قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها
الزوج فالنكاح جايز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة
على الكمال وهذا قبض لان وطي الزوج حصل بتسليط من جهته
فصار فعله كفعله وان لم يطاها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا
لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان
ان في الحقيقي استيلا على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي
فافترقا قال ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البايع البينة
انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبته معروفة لم يبع
في دين البايع لانه يمكن ايصال البايع الى حقه بدون البيع وفيه
ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن
لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به
مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاوه بيعه القاضي فيه كالراهن
اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد
القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شي يمسكه للمشتري
لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين
فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا حضر الاخر
لم ياخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متبرعا بما اداه
عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه

ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع
الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شي منه
والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه عند نقده كان له
الحبس فيه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشرا اذا قضى الثمن من مال
نفسه قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب
وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السوا فيجب من كل
واحد منهما خمسماية مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية
بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة
دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود
في كل واحد منهما قال ومن له على اخر عشرة دراهم جياد فقضاه
زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضا عند ابي حنيفة رحمه الله
ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه
لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب
ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير
الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال
جاز فيقع به الاستيفا ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن
تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب
له عليه ولا نظير له قال واذا افرخ الطير في ارض رجل فهو
لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه
مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يوخذ بغير حيلة
والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزا
على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك
فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره

او وقع

او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه لما ما لم يكفه او كان
مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله
فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الما

كتاب الصرف

قال رضي الله عنه الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه
من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف
هو الرد والنقل لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه
والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة
صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا
مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه الصلاة والسلام
الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا الحديث
وقال جيدها ورديها سوا وقد ذكرناه في البيوع قال
ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه
وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض
احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الاخر تحقيقا
للمساواة فلا يتحقق الربا ولان احدهما ليس باولى من
الاخر فوجب قبضهما سوا كان يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما
ولا يتعين الاخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة
عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة
في الربا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عنه معا
في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف
لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر

ما ذكرناه في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المجيرة لانه يبطل الاعواض
وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب
التقابض لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء
قال فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما
بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه
ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت
القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز
لارتفاعه قبل تقرره قال ولا يجوز التصرف في ثمن
الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة
حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق
بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد
في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف
العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع
لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا
لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه
مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه قال ويجوز بيع
الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن
يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما
فيه من احتمال الربا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال
فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال فضة ونقد الثمن
الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض
حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان

بالواجب

بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا
فالنقد ثمن الطوق لان الاجل في الصرف باطل وفي بيع الجارية جائز
والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما قال وكذا لو باع
سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما ودفع من
الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان
لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما
لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ
والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا
حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيه وكذا في السيف ان كان
لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز
افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز
البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار
كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الحلية الفضة المفردة ازيد
مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع للربا
او لاحتماله وجهة الفساد من وجهين فترجح قال
ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما
لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف
كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ
لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع الفساد ولو استحق بعض
الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء
رده لان الشركة عيب في الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق
بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال
ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل

حنيفة بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف
اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة
لهما ان الصرف الى خلاف الجنس تغيير لتصرفه لانه قابل الجملة ومن
قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز
وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلب فضة بعشرة وثوبا
بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا
اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد
آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه
بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال
بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده
وكذلك لو باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض
فسد البيع في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا
ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس
بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه
تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك
في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك
بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف
مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب
وفي المسئلة الثانية الطريق غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على
الالف المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس
بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا
والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع
احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وكانت العشرة
بمثلها

بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا
فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان
لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب
ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير
كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز
البيع لتحقق الربا اذ الزيادة لا يقابلها عوض قال ومن
له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة
دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى
المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن
يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة صح
بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ
الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف
وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نذكره
والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف
وخمسمائة وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا
اذا كان الدين سابقا وان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه
انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى
ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة
بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال
ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من
سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم
الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي
ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد

لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن
وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل
غش علة خلقة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا
كما في الرديء منه فيلحق بالرداءة والجيد والرديء سوا قال
وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير
اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على
هذه الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا صح
جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر
ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين
واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه
الا بضرر قال رضي الله تعالى عنه ومشايخنا رحمهم الله
لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال
في ديارنا فلو ابيح التفاضل ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن
فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بهما فبكل
واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص ثم هي ما دامت
تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين وان كانت تروج فهي سلعة تتعين
بالتعيين وان كان يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف
لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها
لثبوت الرضا وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه وان
اشترى بها سلعة ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع
وقال محمد رحمه الله قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد
قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا

اشترى

اشترى بالرطب فانقطع اوانه واذا بقي العقد يجب القيمة
لكن عند ابي حنيفة رحمه الله يوم البيع لانه مضمون به وعند محمد
يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رحمه
الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي
فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان
كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال
ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع
بها وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع
بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة
ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو نظير
الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي
حنيفة رحمه الله عليه مثلها لانها اعارة وموجبها رد العين
معنا والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب
قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد
قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رحمه الله
يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل
الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله انظر
وقول ابي يوسف رحمه الله ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم
فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال
بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في
جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق
ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها وقلنا ما يباع بالدانق ونصف
الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد

ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذا عند ابي حنيفة وابو يوسف
رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن
الدرهم من الفلوس وعند محمد رحمه الله لا يجوز ويجوز في ما دون
الدرهم فصار معلوما بحكم العادة وكذلك الدرهم قالوا وقول ابي
يوسف رحمه الله اصح لا سيما في ديارنا قال ومن اعطى صيرفيا
درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة
جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع درهم بالفلوس
جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربا فلا يجوز وعلى قياس ابي حنيفة
رحمه الله بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي
فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطا كان جوابه كجوابهما
لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة
جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف
درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء
الفلوس قال رضي الله تعالى عنه في اكثر نسخ المختصر
ذكر المسئلة الثانية والله تعالى اعلم

كتاب الكفالة

قال رضي الله عنه الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى
وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين
والاصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال ل الاول صح
فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال
الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة
له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية
الكفالة

الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب
مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة
اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه
قال وينعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه
او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها
عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال
بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة
فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد
فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح الطلاق
اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه
او قال علي لانه صيغة الالتزام وقال الي لانه في معنى علي وفي هذا
المقام عنه قال عليه الصلاة والسلام من ترك مالا فلورثته ومن
ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة
هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا
سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه
التزم المعرفة دون المطالبة قال فان شرط في الكفالة
تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه به في
ذلك الوقت وفا بما التزم فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه
عن ايفا حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لعله
ما درى لما يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة
ذهابه ومجيئه فان مضت المدة ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه
عن ايفا الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول
له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة

من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم
التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في
السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر
المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا
وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود
وكذا اذا سلمه في السواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم
في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله للقدرة
على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه
ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على
المحاكمة فيه قال ــــ واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس
من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل
فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق
قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا
الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي
ان يطالب الكفيل وان لم يكن له وصي فلوارثه لقيامه مقام الميت
قال ــــ ومن كفل بنفس غيره ولم يقل اذا دفعته اليك
فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف فيثبت بدون
التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين
ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالحضور
بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله
لقيامهما مقامه قال ــــ فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف
به في وقت كذا فهو ضامن لما عليه من المال وهو الف فلم يحضره في الوقت
لزمه ضمان المال لان الكفالة معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق
صحيح

صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس
لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل
واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق
سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع
ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق
الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين
والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال
ان لم يواف غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق
الشرط وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر مائة دينار
بينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به
غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل
ثم ادعى ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا ترى
انه لم ينسبه الى ما عليه فلا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها
ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب
لا يصح الكفالة بالنفس فلم يصح الكفالة بالثاني بالمال لانه بناء
عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه
والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار
البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة
الاولى فيترتب عليها الثانية قال ــــ ولا تجوز الكفالة بالنفس
في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله معناه لا يجبر
عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي
القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى

ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد
من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها على الاستيثاق ٥
بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها
الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع
لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيه واجب
فيطالب الكفيل به فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيها
حتى يشهد شاهدان او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس
للتهمة هنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او
العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت
فيه الا بحجة كاملة وذكر في كتاب ادب القاضي ان على قولهما
لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق
بالكفالة قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين
يطالب به ويمكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه
فيهما قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب واخذ منه
كفيلا اخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي
متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق
فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان
المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول
تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا
البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة
وعلى الكفالة بالدرك اجماع المجتهدين وكفى به حجة وصار
هذا كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية
والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون

بدل

بدل الكتابة وسنبينه في موضعه ان شاء الله تعالى قال وللمكفول
له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان
الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول
لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا
للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة
ولو طالب احدهما له ان يطالب الاخر وله ان يطالبهما لان
مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين لان
اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك
من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح
الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان
يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك فعلي والاصل فيه قوله
تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة ضمان
الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بشرط ملائم له مثل ان يكون
شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان
الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر
الاستيفاء مثل ان يقول اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط
في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان
هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا الا انه
يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها با
لشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق
فان قال تكفلت عنه بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه
ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق
ما ضمنه فيقضى الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه

فالقول

في مقدار ما يعترف به لان منكر الزيادة فان اعترف المكفول عنه
باكثر من ذلك لم يصدق علي كفيله لانه اقرار علي الغير ولا ولاية
له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها قال
ويجوز الكفالة بالمال بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا
ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب
ولا ضرر فيه علي المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد
رضي به فان كفل عنه بامره رجع بما ادي عليه لانه قضي دينه
بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يوديه لانه متبرع بادايه
وقوله رجع بما ادي معناه اذا ادي ما ضمنه اما اذا ادي خلافه
رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالادا فنزل منزلة الطالب
كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه
بما ذكرنا في الحوالة بخلاف ما اذا صالح الكافل الطالب من الالف
علي خمسماية لانه اسقاط فصار كما اذا ابرا الكفيل قال
وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يودي عنه
لانه لا يملكه قبل الادا بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الادا
لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم لوزم
بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتي يخلصه وكذا اذا حبس
كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا
ابرا الطالب المكفول عنه او استوفي منه بري الكفيل لان براة
الاصيل توجب براة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرا
الكفيل لم يبرا الاصيل لان له المطالبة وبقا الدين علي الاصيل بدونه
جايز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر
عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابرا
موقت

موقت فيعتبر بالابرا المويد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال موجلا
الي شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين
حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا
بخلافه وان صالح الكفيل رب المال من الالف علي خمسماية فقد
بري الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الي الالف
الدين وهي علي الاصيل فبرا عن خمسماية وبراته توجب براة
الكفيل ثم برا جميعا عن خمسماية باداء الكفيل ويرجع علي الاصيل
بخمسماية ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح علي جنس اخر
لانه مبادلة فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما
استوجب بالكفالة لا يبرا الاصيل لان هذا ابرا الكفيل عن المطالبة
قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برات الي من المال
رجع الكفيل علي المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراة
التي ابتداوها من المطلوب وانتهاوها الي الطالب لا يكون الا
بالايفا فيرجع وان قال ابراتك لم يرجع الكفيل علي المكفول عنه
لانه براة لا تنتهي الي غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا
بالايفا ولو قال بريت قال محمد هو مثل الثاني لانه يحتمل البراة
بالادا اليه والابرا فيثبت الادني اذ لا يرجع الكفيل بالشك
وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه اقر ببراة ابتداوها
من المطلوب واليه الايفا دون الابرا وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان
الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال
ولا يجوز تعليق البراة من الكفالة بالشرط لما فيه من معني
التمليك كما في ساير البراات ويروي انه يصح لان عليه المطالبة
دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق

ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل
وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به
كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه
لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة
واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون
وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمون بغيره
وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة ان كانت تصح عندنا
خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع
فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان
مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما يكون امانة كالوديعة
والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم
المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن
او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا
ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل
لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة له رجل
بخدمته فهو باطل لما بينا ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له
في مجلس العقد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض
النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا
له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه
الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح
ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه
فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء
المجلس

لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق ومن استاجر عبدا للخدمة فكفل صح

المجلس قال الا في مسألة واحدة وهو ان يقول المريض
لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء
لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول
لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام
الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب
فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول
لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة
فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ
فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل
رجل عنه للغرماء لم يصح عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصح
لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا
يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يصح
اذا كان به كفيل وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل
حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول
اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء
فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به
كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال
ومن كفل عن رجل بالف درهم عليه بامره فقضاه الالف قبل ان
يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق
القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا
الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض
على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض
امانة في يده فان ربح الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به لانه

ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب
بنفسه وثبت للمطلوب له حق الاسترداد لانه وجب له
على المكفول عنه مثل ما وجب للمطالب عليه الا انه اخرت
المطالبة الى وقت الادا فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا
لو ابرا الكفيل المطلوب قبل ادايه يصح فكذا اذا قبضه يملكه
الا ان فيه نوع خبث بيناه فلا يعمل مع الملك فيما يتعين
وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فباع ٦ع
وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال
واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في
الحكم وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقالا
هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق ق
به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله
انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه سبيل من الاسترداد
بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضا الكفيل
فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل
فيما يتعين فيكون سبيله التصدق به في رواية ويرده
عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب
لا جبر لان الحق له قال ومن كفل عن رجل بالف
بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشرا
للكفيل والربح الذي ربحه البايع فهو عليه ومعناه الامر
ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر فيابى عليه
ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة
في نيل الزيادة فيبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة

سمي

سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه
لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم
البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي
علي وهو فاسد وليس بتوكيل قال هو توكيل فاسد لان
الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على
الدين وكيف ما كان فالمشتري هو الكفيل والربح اي الزيادة دة
عليه لانه العاقد قال ومن كفل عن رجل بما ذاب
له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي
البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل
بينته لان المكفول به مال يقضى به وهذا في لفظ القضا
ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ما ذاب تقرر وهو بالقضا
او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال
الله بقاءك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة
ان له على فلان كذا وان هذا الكفيل عنه بامره فانه يقضى
به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير
امره يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه خاصة وانما
تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما
يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامره
تبرع ابتدا ومعاوضة انتها وبغير امره تبرع ابتدا وانتها
فبدعواه احدهما لا يقضى له بالاخر واذا قضي بها بالامر ثبت
امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه
والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين
في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل

بما ادي علي الامر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد
ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا
فبطل زعمه ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم
لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم
بالدعوي يسعي في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة
فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لاير غب
فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع
قال ولو شهد وختم ولم يتكفل لم يكن تسليما وهو علي
دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هو باقرار
الملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله
كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا
كتب في الصك باع وهو يملكه او باع بيعا باتا
نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم
الا اذا كتب الشهادة علي اقرار المتعاقدين
والله سبحانه وتعالي اعلم

فصل في الضمان

ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب
ضمن ثمن المتاع فالضمان باطل
لان الكفالة التزام المطالبة وهي
اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه
ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم
الشرع فيرد عليه كاشتراطه علي المودع والمستعير وكذلك رجلان
باعا

باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن
لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب
صاحبه يؤدي الي قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف
ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا تري ان للمشتري ان يقبل
احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال
ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد
ذكرناه وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدي بعد موته
من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق
ككري النهر المشترك واجرة الحارس والموظف لتجهيز الجيش
وفداء الاساري وغيرها جازت الكفالة بها علي الاتفاق وان اريد
بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن
يميل الي الصحة الشيخ الامام علي البزدوي رحمه الله واما القسمة
فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل
هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب
والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي الف الي شهر فقال المقر له
هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة
الي شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه
الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعي حقا لنفسه وهو تاخير
المطالبة الي اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه
في الصحيح وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في
الديون عارض حتي لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من
انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة نوع حتي
يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا علي الاصيل والشافعي

رحمه الله لحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يردي عنه لحق
الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه قال ومن اشترى
جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل
حتى يقضي له على البايع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع
على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البايع فلم يجب
على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضا
بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البايع
والكفيل وموضعه اوايل الزيادات في ترتيب الاصل
ومن اشترى عبدا وضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل
لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم
وهي ملك البايع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى
حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه
فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق
عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير
قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم
المبيع او قيمته فصح للاستوا والله اعلم

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن
صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد
منهما عن صاحبه فما ادى احدهما فلا يرجع به
على شريكه حتى يزيد ما يوديه على النصف فيرجع بالزيادة
لان

لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الاخر
كفيل ولا معارضة فيه بين ما عليه بحق الاصالة وبحق
الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول
فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع على الكفالة
ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه ويرجع عليه فلصاحبه
ان يرجع على الذي ادى لان اداء نايبه كادايه فيودي الى الدور
واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل
عن صاحبه فكل شي اداه احدهما رجع على صاحبه
بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح
ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك
والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر
وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما
تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف
هذا فما اداه احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة
فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على
شريكه بنصفه ولا يودي الى الدور ولان قضيته الاستوا
وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم
ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه
والاخر بنايبه وان شا رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل
بجميع المال عنه بامره قال واذا افترقا المتفاوضان
واذا ابرا رب المال احدهما اخذ الاخر بالجميع ولان برا الكفيل
لا يوجب براة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل
عنه بكله على ما بينا ولهذا ياخذه به قال واذا افترقا

المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤوا بجميع
الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة
ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف
لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب
العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه
ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد
منهما اصلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما
معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه في حق
صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف
ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما
ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة وان لم يؤديا شيئا حتى
اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ
عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى
العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الاخر
لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد
منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى
عنه فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا يتنصف وللمولى
ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة
وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه
بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره وان اخذ الاخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه
ادى عن نفسه

باب كفالة العبد والكفالة عنه

ومن ضمن
عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره
فهو

فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة
الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض
بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب
او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى
رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق
وكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا
وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما
اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به
رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل
قيمته لانه على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم
الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا
على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه
بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق
لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع ومعنى
الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال
عن المولى اذا كان بامره واما الكفالة عن العبد فتصح على كل
حال له انه تحقق الموجب للرجوع لان المولى لا يستوجب
على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا
كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر
تكفل به او عبد لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في
حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على
هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم
لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول

ابي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا مكاتب عنده والله اعلم

كتاب الحوالة

وهي جايزة بالديون قال عليه الصلاة والسلام من احيل على
مليء فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة
وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل
في الدين لا في العين قال وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال
عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم
متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه
الدين ولا لزوم بدون الالتزام واما المحيل فالحوالة تصح بدون
رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف
في حق نفسه ولا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم
يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين
بالقبول وقال زفر رحمه الله لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد
منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس
والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم
لغة والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق
باختيار الاملأ والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول
اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن
متبرعا قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان
يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة
حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة
بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه
قابل يحتمل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال
والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله عليه احد الامرين اما

ان

ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا
لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في
الحقيقة وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه
حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي
عنده خلافا لهما لان مال الله تعالى غاد ورايح قال
واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت
بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب
الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي
عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر واذا طالب المحيل المحتال
بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل
احلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال
يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة
فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف
درهم واحال بها عليه اخر فهو جايز لانه اقدر على القضاء
فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف
ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا
فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيد في هذه
الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق
المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرما بعد موت
المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبته فياخذه منه لبطلت
الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به
بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال
ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر

الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا والله اعلم

كتاب ادب القاضي

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى
شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان
حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب
الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما
يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق
اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم
الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز
عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل
وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا وقال الشافعي رحمه
الله لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا
الثلاثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض
المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل
ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا
بتقليده دونها وهل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين
وقيل يصلح لانه يجتهد حذار النسبة الى الخطا واما الثاني
فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد
الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان
الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم
فصار كالمتحري فانه لا يصلي بتحري غيره ولنا انه يمكنه
ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال
الحق

الحق الى المستحق وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر
والاولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفي
رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين
وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله
ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار
وصاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص
عليه وقيل وان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات
الناس لان من الاحكام ما يبتني عليه قال ولا باس
بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة
رضي الله تعالى عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية
لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف
العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمبا
شرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه
الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين
والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل قال
عليه الصلاة والسلام عدل ساعة خير من عبادة سنة
والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه
عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء
دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق
العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي ان لا يطلب
الولاية ولا يسالها لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء
وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من

طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه
فيلهم ثم يجوز التقليد من السلطان الجاير كما يجوز من العادل
لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه
والحق كان بيد علي رضي الله تعالى عنه في نوبته وكان علما
السلف والتابعين تقلدوا من الحجاج وهو كان جايرا الا اذا كان
لا يمكنه من القضا بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد
بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضا يسلم اليه ديوان
القاضي الذي قبله وهو الخرايط التي فيها السجلات وغيرها لانها
وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية
القضا ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان
من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد
انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح
لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة
المعزول او امينه ويسالانه شيا فشيا ويجعلان كل نوع
منها في خريطة كي لا يشتبه على المولى وهذا السوال لكشف
الحال لا للالزام قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب
ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم
يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا
وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كان على فعل
نفسه فان لم يقم لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر
في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كي لا يودي الى
ابطاله لحق الغير وينظر في الودايع وارتفاع الوقوف فيعمل به
على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك

حجة

حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي هو في
يديه ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره
ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا
بدا بالاقرار لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه
قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا تشتبه
مكانه على الغربا وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر
وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضا لانه يحضره
المشرك وهو نجس بالنص والحايض وهي ممنوعة عن دخوله
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى
والحكم وكان رسول الله عليه الصلاة والسلام يفصل الخصومة
في معتكفه والخلفا الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل
الخصومات ولان القضا عبادة فتجوز اقامتها في المسجد كالصلاة
ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحايض يخبر
بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث
من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة
ولو جلس في داره لا باس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس
معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال
ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته
قبل القضا بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضا
بل جري على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى
لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي
على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضا فيتحاماه ولا

عن دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضا بخلاف
العامة ويدخل في هذا الاطلاق قريبه وهو قولهما وعن محمد
رحمه الله يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة
ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها **قال**
ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم
على المسلم قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة
حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه
لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة
قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله
عليه الصلاة والسلام اذا ابتلي احدكم بالقضا فليسو بينهم
في المجلس والاشارة والنظر **قال** ولا يسار احدهما ولا
يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك
حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا
يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضا **قال**
ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول اتشهد بكذا وكذا
وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم
واستحسنه ابو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد
قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخا ص
والتكفيل والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل في الحبس

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق
حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء
المماطلة

المماطلة فلابد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه
لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم
يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما
اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره
قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال
حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة
لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه
على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على
ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله **قال** ولا يحبسه
فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له
مالا فيحبسه لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول
من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه
في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله
مال وفي النفقة القول للزوج انه معسر وفي اعتاق
العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين
الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه لا يريد مطلقة
بل موصلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند
ابي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول
المدعي ان له مالا او يثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول
من عليه يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسال عنه فالحبس لظهور
ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلابد
ان تمتد المدة لتفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى
غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح

ان التقدير مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه
قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي
المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد
ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في
رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال
في الكتاب ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة
وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى قال وفي الجامع
الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه
فان كان موسرا ابد الحبس وان كان معسرا خلى سبيله والمراد
اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس
اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في
نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده
لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص
قال الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده
ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به
عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم
بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان
شهدوا بغير حضرة خصم لم يحكم لان القضا على الغايب لا يجوز
وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب
الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرايط نذكرها
ان شا الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر
عليه

عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة
وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب
والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة
الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في
العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان
المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل
في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما
بشرايط تعرف من موضعها وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع
ما ينقل وعليه المتاخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة
رجلين او رجل وامراتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت
الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان
من اهل الحرب لانه ليس بملزم فلا بد من الحجة الى المزكي ورسوله الى القاضي
لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرا
الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون
العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان علم ما في الكتاب
والختم شرط بحضرتهم وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا
يدفع اليهم كتاب اخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم
وقال ابو يوسف رحمه الله اخرا شي من ذلك ليس بشرط والشرط
ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رحمه الله ان
الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضا وليس الخبر
كالمعاينة واختار شمس الايمة السرخسي رحمه الله قول ابي
يوسف رحمه الله قال فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة

الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع
القاضي الكتاب لانه للنقل لا للحكم قال فاذا سلمه الشهود
اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا
في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم
والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو
يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبل فيلزمه على
ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه
يفتح الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله لانه
ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد
قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب علي القاضي
القضا حتى لو عزل او مات او لم يبق اهلا للقضا قبل وصول
الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل
اخباره قاضيا اخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات
المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان ابن فلان قاضي بلدة كذا والى
كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار خلفا له
وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما
عليه مشايخنا لانه غير معروف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب
على وارثه لقيامه مقامه قال ولا يقبل كتاب القاضي الى
القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار
كالشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل اخر

قال ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا الحدود والقصاص اعتبارا
بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضا

الا ان

الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضا دون التقليد به فصار
كتوكيل الوكيل المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف
الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك
القضا ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول
جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره راي الاول وهو الشرط واذا فوض
اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله
واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة
او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما
اختلف فيه الفقها فقضى به القاضي ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك امضاه
والاصل ان القضا متى لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده
غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاجتهاد الاول
باتصال القضا به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد
فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله
وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطا
بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطا عنده
وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا للسنة لما
ذكر والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور
لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر
الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي
في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كان الدعوى بسبب معين وهي
مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور
وقد مر في كتاب النكاح قال ولا يقضي القاضي على غايب الا ان

عجز من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة
وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة
ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والا نكار
من الخصم فيشتبه وجه القضا لان احكامهما مختلفة ولو
انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضا
وفيه خلاف ابي يوسف ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته
او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ن
ما يدعي على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في
غير صورة من الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به
في جعله خصما عن الغايب وقد عرف تمامه في الجامع **قال**
ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقرا ض
مصلحتهم لبقا الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على
على الاستخراج والكتابة لتحفظ وقد اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر
على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما
ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما عليهما **قال** وهذا
اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط
اهلية القاضي ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود
في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضا اعتبارا
باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب كما مر في المولي
ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد
من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه

عن

عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه
لانه لا فايدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه
ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم
في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا
يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل
على جواز التحكيم في ساير المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى
به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكما
في دم خطا فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية
له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله
رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف رايه ومخالف
للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز
ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق
للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما
على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قايمة ولو اخبر بالحكم لا
يقبل لانقضا الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته
باطل والمولى والمحكم فيه سوا وهذا لانه لا تقبل شهادته لهولاء
لمكان التهمة فلهذا لا يصح القضا لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم
لانه تقبل شهادته عليهم لانتفا التهمة فكذا القضا ولو حكما رجلين
لابد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراي والله اعلم

مسايل شتا من كتاب القضا

قال واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب العلو
فيه وتدا ولا ينقب كوة عند ابي حنيفة رحمه الله معناه بغير
رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وهذا الخلاف

اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما
تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل بان الاصل
عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق
والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع
والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق
محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا
اشكل لا يزول المنع على انه يعري عن نوع ضرر بالعلو من توهين
بناء او نقضه فيمنع عنه قال وان كانت زايغة مستطيلة
تنشعب عنها زايغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل
الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى لان فتحه
للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى
يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة
لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح
الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح
لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق
في القصوى بتركيب الباب قال وان كانت
مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل واحد
منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا
يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها قال
ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه
منها فهو جايز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكره
في الصلح ان شا الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح
عن معلوم عن مجهول جايز عندنا لان الجهالة في الساقط

فلا

فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا
في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني
الهبة فاشتريتها واقام البينة على الشرا قبل الوقت الذي
يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي
الشرا بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها
تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة
على الشرا قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا
ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب
ودعوى الشرا رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشرا
بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندهما ومن قال لاخر اشتريت
مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البايع على ترك الخصومة وسعه
ان يطاها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ
يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البايع على ترك الخصومة
تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل
وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفا
الثمن من المشتري فات رضا البايع فيستبد بفسخه ومن
اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق
وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه
ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها
في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه
انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او
الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا
يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه

ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيوف
ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما
يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف درهم فليس
عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني
دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال
اشتريت وانكر هو ان يصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد
بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي
العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار
فافترقا قال ومن ادعى على آخر الفا فقال ما كان
لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو
البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر
رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون
مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى
ويبرأ منه الا ترى انه يقال قد قضي بحق وبباطل وقد
يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك علي
شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ليس لك علي شيء ولا اعرفك
لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه
لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة
ومصالحة ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري
رحمه الله انه يقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد
يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه
ولا يعرفه ثم يعرفه ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على
آخر انه باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام

البينة

البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع
البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن
ابي يوسف رحمه الله انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه
الظاهر ان شرط البراءة تغيير العقد من اقتضائه وصف
السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان
مناقضا بخلاف الدين لانه يقضى وان كان باطلا على ما مر
قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر
الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى فلان
خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء الله تعالى هو على
الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره
في الاقرار لان الاستثناء يصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق
وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد
بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله
عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى
ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به كفاصل السكوت والله اعلم

فصل في القضاء بالمواريث

قال واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت اسلمت
بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة
وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف
الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال
فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة
وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق

ولو مات المسلم وله امراة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت
اسلمت قبل موته وقالت الورثة بعده فالقول قولهم ايضا
ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي
محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر
الحدوث ايضا قال ولو في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة
فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع
اليه المال لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا
اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل
انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر
بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا
على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر
بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون
اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه فلو قال المودع لاخر
هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال
للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا
اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه
حين اقر للاول لا معارض له فصح وحين اقر للثاني مكذب
فلم يصح قال واذا قسم الميراث بين الغرما فانه لا يؤخذ
منهم كفيل ولا من وارث وهذا شي احتاط به بعض القضاة
وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل
والمسالة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل
الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب
والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا

لان الموت

لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الابق
او اللقطة الى صاحبه واعطى امراة الغائب النفقة من
ماله ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا او
ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشرا
ممن هو في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه
لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد
الغرما بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما
الابق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل
ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان
الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن
سوا السبيل وهذا يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطي
ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار
في يد رجل اقام الاخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه
وبين اخيه فلان قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد
الذي هو في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده جاحدا اخذ
منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد
خاين فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضا
للميت ثابت فلا تنقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع
بقضا القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة
معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ
منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه
بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع

المنقول على الكبير الغايب دون العقار وكذا حكم وصي الام
والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف
ايضا وقول ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لحاجته الى الحفظ
وانما لم يوخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب
لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة
البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضا لان احد الورثة ينتصب
خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان
المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح
خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفا لنفسه لانه عامل فيه
لنفسه فلا يصلح نايبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه
وصار كما اذا قامت البينة بدين للميت الا انه يثبت استحقاق
الكل على احد الورثة اذا كان في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون
خصما بدون اليد فيقتصر القضا على ما في يده ومن قال مالي في
المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان اوصى بثلث ماله
فهو على كل شي والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر
رحمه الله تعالى لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان
ان ايجاب المعتبر العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف
ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية
اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان
الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة واما
الوصية تقع في حال الاستغنا فتنصرف الى الكل ويدخل فيه
الارض العشرية عند ابي يوسف رحمه الله تعالى لانها سبب
الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده وعند محمد
رحمه

رحمه الله لا تدخل لانها سبب المونة ولو قال ما املك صدقة في
المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال
والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ
الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سوا لان الملتزم باللفظين
الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل
تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيا تصدق
بمثل ما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر لاختلاف
احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب
الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت
في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك
بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن اوصى اليه ولم
يعلم بالوصية حتى باع شيا من التركة فهو وصي والبيع جايز
ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف رحمه الله لا يجوز
في الفصل الاول ايضا لان الوصايا انابة بعد الموت فتعتبر
بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصية
خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا تتوقف
على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة انابة لقيام ولاية المنوب
عنه فتتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يفوت النظر
لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس
بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر قال
ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او
رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا هو والاول
سوا لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم

فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شرطيها وهو العدد
او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة
المرسل للحاجة الي الارسال وعلي هذا الخلاف اذا اخبر المولي
بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر قال
واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرما واخذ المال واستحق
العبد لم يضمن لان امين القاضي قايم مقام القاضي والقاضي مقام
الامام وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة
فتضيع الحقوق ويرجع المشتري علي الغرما لان البيع واقع لهم
فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع علي العاقد كما اذا كان العاقد
محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي
ببيعه للغرما ثم استحق او مات قبل القبض وضاع
المال رجع المشتري علي الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت
وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال
ويرجع الوصي علي الغرما لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال
يرجع الغريم بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي
غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة
الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له والله اعلم

فصل اخر

واذا قال القاضي قد قضيت علي هذا بالرجم فارجمه او بالقطع
فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله
انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله حتي تعاين الحجة لان قوله
يحتمل الغلط والخطا والتدارك غير ممكن وعلي هذه الرواية لا يقبل
كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة
في زماننا

في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه الظاهر انه اخبر عن
امر يملك انشاه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي
الامر واجبة وفي تصديقه طاعته وقال الامام ابو منصور
الماتريدي رحمه الله ان كان عالما عدلا يقبل قوله لانعدام تهمة
الخطا والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن
وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا
لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا والخيانة قال
واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها
الي فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها مني ظلما
ودفعتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت
بقطع يدك في حق اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال
مقرا انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل
ذلك في قضايه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور
ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق ولا
يمين علي القاضي ولو اقر القاطع او الاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن
ايضا لان فعله في حالة القضا ودفع القاضي صحيح كما اذا كان
معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ ماله انه فعل قبل
التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند
فعله الي حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال
طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا ولو
اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما
اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن
نفسه لا في ابطال سبب الضمان علي غيره بخلاف الاول لانه ثبت

فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد
اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي
في انه فعله في قضائه اراد على انه فعله في غير قضائه يؤخذ
منه لانه اقر ان اليد كانت له فيصدق في دعوى تملكه الا
بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة والله اعلم

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود اداؤها ولا يسعهم
كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا
وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط
طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة
في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين
اقامة الحدود والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه
الصلاة والسلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا
لك وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه
في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه
الصلاة والسلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية
الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء
لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت
السرقة وجب القطع والضمان لا يجامع القطع فيحصل احياء حقه
قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر
فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من
نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله تعالى ثم لم يأتوا
باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري

رحمه

رحمه الله تعالى مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم
والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ص
ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال
فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية
الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة
النساء لما ذكرنا قال وفيما سوى ذلك من الحقوق تقبل
فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق
مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك
وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا تقبل شهادة النساء مع الرجال
الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان ن
العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح
للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن
وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل
وجودا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان
الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة
وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد
وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها
في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى
اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة ولهذا لا تقبل فيما يندرئ
بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول
الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل
في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه

الرجال شهادة امراة واحدة لقوله عليه الصلاة والسلام
شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع
المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة
على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة
ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا
ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها
في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة فان شهدن
انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لانها تايدت
بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط
البكارة وان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن
والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على
استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله في حق
الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاة لانه من امور
الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة
ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة
قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان
لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل
شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله
تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق
لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رحمه الله
ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته
لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول اصح
الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة
معروفة واما لفظة الشهادة فلان المنصوص نطقت با
اشتراطها

باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة
توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن
الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع
ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة
النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه
من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية
والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة
في المسلم ولا يسال حتى يطعن الخصم لقوله عليه الصلاة والسلام
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك
عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه
وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه
يسال عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها
ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم سال عنهم
لانه تقابل الظاهران فيسال طلبا للترجيح وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسال عنهم في السر والعلانية في سائر
الحقوق لان القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول
فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا
اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية
في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى
ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد
وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة
تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع
الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رحمه

الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل
هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي
بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال
وفي قول من راي ان يسال عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل
معناه قول المدعي عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه
يجوز تزكيته لكن عند محمد رحمه الله يضم تزكية الاخر الي تزكيته لان
العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده
ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع
المسئلة اذا قال الخصم عدول الا انهم اخطاوا او نسوا اما اذا قال
صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان
رسول القاضي الذي يسال عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل
وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز
الا اثنان والمراد منه المزكي وعلي هذا الخلاف رسول القاضي
والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معني الشهادة لان ولاية
القاضي تبتني علي ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه
العدد كما يشترط فيه العدالة ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود
ولهما انه ليس في معني الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة
الشهادة ومجلس القضا واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة
فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر
حتي صلح العبد مزكيا واما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا
العدد بالاجماع علي ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها
بمجلس القضا قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد
رحمه الله فصل وما يتحمله الشاهد علي ضربين احدهما

اما

اما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل
وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او راه وسعه ان يشهد به
وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن
في اطلاق الاداء قال الله تعالي الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال
النبي عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع
قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو
سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله
لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم الا اذا كان دخل البيت
وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس علي الباب وليس للبيت مسلك
غيره وسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل العلم في هذه الصورة
ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة علي الشهادة فاذا
سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز ان يشهد علي شهادته الا ان
يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة
بالنقل الي مجلس القضا فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا
لو سمعه يشهد الشاهد علي شهادته لم يسع للسامع ان يشهد
لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا راي
خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط
فلم يحصل العلم قيل هذا علي قول ابي حنيفة رحمه الله وعلي قولهما
يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد
القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت
ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم
ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلي هذا اذا ذكر
المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا قد شهدنا

عن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشي لم يعاينه الا النسب
والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه
الاشيا اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز
ان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل
وصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور يختص بمعاينة
اسبابها خواص من الناس وقد يتعلق بها احكام يبقى على انقضا
القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة على التسامع ادي الي الحرج وتعطيل
الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل واحد وانما يجوز للشاهد
ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به
كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامراتين
ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد او واحدة
لانه قل ما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه
فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي
ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم
تقبل كما ان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة ثم اذا فسر
لا يقبل كذا هذا ولو راي انسانا جلس مجلس القضا يدخل عليه
الخصوم حل له ان يشهد علي كونه قاضيا وكذا اذا راي رجلا وامراة
يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الي الاخر انبساط الازواج
كما اذا راي عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلي
علي جنازته فهو معاينة حتي لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثنا
في الكتاب علي هذه الاشيا ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يجوز في الولا لانه بمنزلة النسب وعن محمد رحمه الله
انه يجوز في الوقف لانه علي يبقي علي مر الاعصار الا انا نقول

الولا

الولا يبتني علي زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما
يبتني عليه واما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع
في اصله دون شرايطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان
في يده شي سوي العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد
اقصي ما يستدل به علي الملك اذ هو مرجع الدلالة في الاسباب كلها
فيكتفي بها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع
في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون تفسيرا للاطلاق محمد رحمه الله
في الرواية وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال
بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الي انابة وملك قلنا والتصرف ايضا
يتنوع ايضا الي نيابة واصالة ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا
اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت با
لتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل اما العبد والامة
ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه
وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما
فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فكذلك فذلك مصرف الاستثنا
لان لهما يدا علي انفسهما فترفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك
وعن ابي حنيفة رحمه الله يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا
بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمي وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن
ابي حنيفة رحمه الله انه يقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة
فيه الي السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمه الله
يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء

يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في
الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة
بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة
وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف
الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء
يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام اهلية
الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار
كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية
بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان
الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية
على غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا
لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة
كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع
بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين
تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه
وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى
لكن قال ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته
لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له
شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد
اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة
الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده
والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة الولد
لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا
العبد

العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع
بين الاباء والاولاد متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكاة اليهم فتكون
شهادة لنفسه من وجه او يتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه
والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ٥
ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو قوله عليه الصلاة والسلام
لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة
او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير
كالمستأجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر
وقال الشافعي رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي
متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر
بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه
المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود
فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة
الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى
لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين
او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال
ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من
شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس
من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة
الرجل لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة
ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة
مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي
في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة

ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما فانه صلى الله عليه وسلم نهى
عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال ولا مدمن
الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور
لانه يورث غفلة ولانه يقف على عورات النساء بصعود سطحه
ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني
قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب
كبيرة قال ولا من ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها
الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام من غير مئزر
لان كشف العورة حرام قال او ياكل الربا والمقامر بالنرد
والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلاة
لاشتغاله بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع
للشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون
اكل الربا مشهورا به لان الانسان قلما يخلوا عن مباشرة
العقود الفاسدة وكل ذلك ربا قال ولا من يفعل الافعال
المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك
للمروة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب
فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه
بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية
وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا
انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار
كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا
لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهي من غلاة
الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون
الشهادة

الشهادة لشيعتهم واجبة فتتمكن التهمة في شهادتهم قال
وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم
وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون
هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته
على المسلم وصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام
اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية
على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه
والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده
محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية
له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة
اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان
اختلفت فلا قهر فلا يحملهم على التقول قال ولا تقبل شهادة
الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه
لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي
عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين
بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا من دارين
كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا
يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن
قال وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل
يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو
الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر
كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية
لا تنقدح به العدالة المشروطة ولا ترد الشهادة المشروعة لان

في اعتبار احيينا به الكل وسد بابه وهو مفتوح احيا للحقوق
قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة
الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا
قال والخصي لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة
الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده
قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد
ككفرهما وقال مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون
غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في
العدل قال وشهادة الخنثى جايزة لانه رجل او امراة
وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة
العمال جايزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان
نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل
اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته
كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم
على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة
قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي
يدعي فهو جايز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس
لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان
لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى
الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود
المنفعة اليه ووجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب
الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة
التعيين لا ان يثبت بها شي فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا
ان

ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف
باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا او لم يعرف الموت لانه ليس له ولاية
نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين
للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما
يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان
شهدا ان اباهما الغايب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى
الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل
عن الغايب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة
لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة
على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع
بالتوبة فلا يتحقق له الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب
والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك
فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار
مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام المدعى عليه البينة
ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار
وان كان امرا زايدا عليه ولا خصم في اثباته عليه لان
المدعى عليه اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي
استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم الشهادة
العشرة من ماله الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت
الجرح بناء عليه لانه يتعلق به تمام الحد وهو من الشهادة وكذا اذا اقاموها مهما
على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان
لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا
قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب

خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قال ومن شهد ولم
يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت
شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي
ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى
بمثله لمهابة مجلس القضا فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه
في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه
يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان
المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد
ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود
او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع الشبهة فاما اذا لم يكن فلا
باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري
مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا
والظاهر ما ذكرناه والله اعلم

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم
تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد
وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر
اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه الله
فان شهد احدهما بالف والاخر بالالفين لم تقبل الشهادة عنده
وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين
وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث

لهما

لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة
فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما فصار كالالف
والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا
وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان
الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على
كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال
قال فان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة
والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق
الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان
عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره
الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف
العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف وهو نظير
الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة الذي
شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود
به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر
فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني
استوفيت خمسمائة او ابراته عنها قبلت لتوفيقه قال
واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت
شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه
لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر وعن ابي يوسف رحمه
الله انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضا مضمون شهادته
ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد هد
اذا علم ذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة

كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا
على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها
فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما
بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل
وهو قول زفر رحمه الله لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا
هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع
القبول قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر
بمكة واخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم
لم تقبل الشهادتان لان احداهما كاذبة وليس احداهما باولى
من الاخرى فان سبقت احداهما وقضي بها ثم حضرت الاخرى
لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض
بالثانية قال وان شهدا على رجل انه سرق بقرة
واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة والاخر ثورا لم يقطع
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهم
الله تعالى لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف
في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض
وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء
غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار
كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة
وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان ح
يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا
يبصره والبياض من جانب اخر وهذا ابصره بخلاف الغصب
لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان

في واحدة

في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه
قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف
وشهد اخر انه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة
لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف
الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان
المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع
ولا فرق بين ما اذا ادعى المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا
وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد
فظاهر وكذا ان كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء
فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال
والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو المراة والعبد والقاتل
لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى
من الجانب الاخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه
لانه يثبت العتق في العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب
الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن
لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى
وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان
كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي
ح المدة والمدعي هو الاجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح
فانه يجوز بالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف
مع قول ابي حنيفة رحمهما الله تعالى ان هذا الاختلاف
في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع

ولابي حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل
والازدواج والملك والاختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم
اذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه
ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف
فيما اذا كانت المراة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو
الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده
ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه
ما ذكرناه والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل في الشهادة علي الارث

قال ومن اقام بينة علي دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها
الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له
واصله انه متي ثبت ملك المورث لا يقضي للوارث حتي يشهد
الشهود انه مات وتركه ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك
المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث
وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتي يجب
عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان
صدقة علي المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة ده
علي قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة
وكذا علي قيام يده علي ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت
الشهادة علي اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع
والمستاجر قائمة مقام يده فاغني ذلك عن الجر والنقل

قال

قال وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده
جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك
بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار
بمنزلة الشهادة علي قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل
حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم يقبل وعن ابي
يوسف رحمه الله انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو
شهدوا انها ملكه يقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ
من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت
بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الي ملك وامانة وضمان
فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف
وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان
يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر
كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعي عليه دفعت الي
المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد
شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود
به هنا هذا الاقرار وهو معلوم والله اعلم

باب الشهادة علي الشهادة

قال الشهادة علي الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط
بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل
قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة علي
شهادته ادي الي اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة علي الشهادة
وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها

زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما
يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة شاهدين
على شهادة شاهدين وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الا الاربع على كل
اصل اثنان لان كل شاهدين قايمان مقام شاهد واحد فصار
كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا
رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا
بحق اخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا
وهو حجة على مالك ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة
قال وصفة الشهادة ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع
عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا
اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد
من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل وله الفاظ
اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها ومن قال اشهد
فلانا على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له
اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد
رحمه الله لان القضا عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى
اشتركوا في الضمان [الرجوع] عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول
ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة
شهود الفرع الا ان تموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة
ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور
مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه
الاشيا يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة
ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام وكذا
سبيل

سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله انه كان في مكان لو
غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد
احيا لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ
الفقيه ابو الليث رحمه الله قال فان عدل شهود الاصل
شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان
فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث
القضا بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه
كيف وان قوله مقبول في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه
فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي
في حالهم وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا تقبل لانه
لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا
تقبل وعن ابي يوسف رحمه الله ان ما عليهم النقل دون
التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة
كما لو احضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل
ص الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض
بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة
رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها
فجا بامراة وقالا لا ندري هي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين
يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت
والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها
بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود
بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من اخرين يشهدان على
ان المحدود في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود

المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذا كتاب القاضي
الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال
ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالا في هذين
فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة
الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة
العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل
بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة
والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة
وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر
عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا
لابي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه
اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل

قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره
وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ولهما ما روي عن عمر
رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه
ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيه حد مقدر
فيعزر وله ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب ولان
الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة
في الزجر ولكنه يقع مانعا من الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى
هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة
التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول
عن شريح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه
ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرؤكم

السلام

السلام ويقول انا اخذنا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس
وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر عندهما والتعزير
والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه
في الحدود وفي الجامع شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا
يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرناه من الحكم
هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي
الشهادة والبينات للاثبات والله اعلم

كتاب الرجوع عن الشهادة

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت
لان الحق انما يثبت بالقضا والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان
عليهم لانهم ما اتلفوا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان
حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان اخر كلامهم يناقض اوله
فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول
وقد ترجح الاول باتصال القضا به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم
لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار
وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم
لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس وهو
مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب
الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع
في غير مجلس القضا فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما
لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى
لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب

على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد تسببا للاتلاف
تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبب عند وجود
المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه
كالملجا الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه
من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما يضمنان اذا قبض المدعي
المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق وانه لا مماثلة بين اخذ
العين والزام الدين قال فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل
ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي بشهادته
نصف الحق وان شهد بالمال ثلاثة ثم رجع احدهم فلا ضمان عليه
لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة
والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع
الاخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق
وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع الحق لبقاء
ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة
الرجل بقي نصف الحق قال وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع
ثمانية فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت
اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع
بشهادة الباقية فيبقى ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى
الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداس عند ابي حنيفة رحمه
الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان
كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام
رجل ولابي حنيفة رحمه الله ان كل امراتين قامتا مقام رجل قال
عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين

منهن

منهن بشهادة رجل فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا
وان رجع النسوة العشرة دون الرجل فعليهن نصف الحق على القولين
لما قلنا ولو شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما
دون المراة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا
يضاف اليه الحكم قال وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح
بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر
مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين
يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها
تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذا اذا شهدا على
رجل بتزويج امراة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لان البضع
متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا
لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه
بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة
لانهما اتلفاها من غير عوض قال وان شهدوا ببيع
شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف
معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان
لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه
خيار البائع لان السبب هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار
اليه فاضيف التلف اليهما لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا
ترى انها لو طاوعت ابن الزوج سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل
الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما في النكاح ثم يجب
نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما قال
وان شهدوا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية

العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان المعتق لا يتحول اليهما
بهذا الضمان فلا يتحول الولاء وان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد
القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما
لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره
يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان التسبيب
ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر
حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من
الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات
والباقي يعرف في المختلفات قال وان رجع شهود الفرع
ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف
مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفر ع
على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد
ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف
ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد
رحمه الله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم
لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين
من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول
فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما
يجب الضمان على الفروع لان القضاء وقع بشهادتهم وعند
محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن
الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر
او بشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتا ن
متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع

كذب

كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما
امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما
رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال
وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود فصاروا كشهود
الاحصان وله ان التزكية اعمال الشهادة اذ القاضي لا يعمل الا بالتز كية
فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط
محض قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود
الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو
السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض
الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع
شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين
العتاق والطلاق قبل الدخول والله اعلم

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان
يوكل فيه غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار
بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون سببا عنه دفعا
لحاجته وقد صح ان النبي عليه الصلاة والسلام وكل بالشراء حكيم
ابن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة قال وتجوز الوكالة بالخصو مة
في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه
الخصومة وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا رضي الله عنه
وبعد ما اسن عبد الله بن جعفر وكذا بايفائها واستيفائها

الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة
الموكل عن المجلس لانها تندري بالشبهات وشبهة العفو
ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة
الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة
لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفا فلو منع عنه
ينسد باب الاستيفا اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز التوكيل باثبات الحدود
والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله
وقيل مع ابي يوسف رحمهما الله وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون
حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فكانه متكلم بنفسه
له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة
على الشهادة وكما في الاستيفا ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة
شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة
فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب
من جانب من عليه وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع
غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال
ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون
الموكل مريضا او غايبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل
من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي ولا خلاف في الجواز وانما الخلاف
في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره
كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا
يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر
به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير
الآخر

الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليه هنالك
ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق
الضرورة ولو كانت المراة مخدرة لم تجر عادتها بالخروج وحضور
مجلس الحكم قال الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها
لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شي استحسنه المتاخرون
قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل
يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون مالكا باهلية نفسه من غيره ويشترط
ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة
فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل ومجنونا كان
التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او الماذون مثلهما جاز لان الموكل مالك
للتصرف والوكيل من اهل العبادة وان وكلا صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشرا
او عبدا محجورا عليه جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي
من اهل العبادة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف
على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه
الا انه لا يصح منهما التزام عهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده
فيلزم الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه
صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد
فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده
الوكلا على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة
فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي يتعلق بالموكل لان الحقوق
تابعة لحكم التصرف والحكم هو الملك يتعلق بالمحل فكذا توابعه وصار كالرسول
بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة
عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل

ولو كان سفيرا لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصلا
في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن
ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم لان
كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق
كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب تفصيل
نذكره ان شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد فان حقوقه يتعلق بالموكل دون الوكيل ولا يطالب وكيل الزوج
بالمهر ولا يلزم وكيل المراة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا
يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له
فصار كالرسول وهذا لان الحكم لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلا شي
ولا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب
الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح
الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق
والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه
يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس
وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك
للموكل بخلاف الرسالة قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه
اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق تعود الى العاقد فلو
دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالب ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد
وصل اليه فلا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري
على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة
بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان
يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء عنه ولكنه

يضمنه

يضمنه للموكل في الفصلين **باب الوكالة** بالبيع والشرا
فصل في الشرا ومن وكل رجلا بشراء شيء فلابد من تسمية جنسه
وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه
الايتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رايت لانه فوض الامر
الى رايه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل
في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة
لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان
كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان
بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الامر لتفا حش
الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان
بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع يقل الجهالة فلا يمتنع الامتثال
مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع
كالتركي والحبشي والهندي والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن
لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة او الرداة والسطة
جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع
وفي الجامع الصغير ومن قال لاخر اشتر لي دابة او ثوبا او دارا فالوكا لة
باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب
على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا
وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكسا ولهذا لا يصح
تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف
اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان
فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدابة والثوب
جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه قال

ومن دفع الى آخر دراهم فقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة
ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في
اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف
املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشرا ولا عرف في الاكل
فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز
وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع
على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق
العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم
الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما
لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده
قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه
فيملك التوكيل به على ما مر ومراده ان التوكيل بالاسلام دون قبول السلم
فان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن
لغيره وهذا لا يجوز وان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل
العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس
بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان
كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول
لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول
قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشرا الثمن من ماله وقبض
المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية
ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل
وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما
كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع
في يده

في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل
فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن
لما بينا انه بمنزلة البايع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان
الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا لا يمكن
التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف
فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا
ضمان الرهن عند ابي يوسف وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة رحمه
الله وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق لما انه بمنزلة
البايع منه فكان حبسه لاستيفا الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف انه
مضمون بالحبس للاستيفا بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع
لان البيع ينفسخ بهلاكه وهنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق
الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشرا
عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم يباع منه عشرة
ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة
رحمه الله ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم
في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده
خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي
حنيفة رحمه الله انه امره بشرى عشرة ولم يامره بشرا الزيادة
فينفذ شراوها عليه وشرا العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد
به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى
ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع
لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر قال

واذا وكله بشراء شي بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يودي
الي تغرير الامر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه علي ما قيل
الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمي فاشتراه بخلاف جنسه او لم يكن
مسمي فاشتري بغير النقود او وكل وكيلا بشرايه فاشتري الثاني
وهو غايب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر
الامر فينفذ عليه ولو اشتري الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ علي الموكل
الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشرا عبد بغير عينه
فاشتري عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشرا للموكل او يشتريه
بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسيلة علي وجوه ان اضاف العقد
الي دراهم الامر كان للامر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل
دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو
مطلق وان اضافه الي دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله علي
ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشرا لنفسه باضافة العقد الي
دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الي دراهم مطلقة
فان نواها للامر فهو للامر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للامر
في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة
علي ما ذكرناه وان توافقا علي انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد
لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند
ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقي
موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصاد قهما
يحتمل النية للامر وفيما قلنا حمل حاله علي الصلاح كما في حالة التكاذب
والتوكيل بالاسلام في الطعام علي هذه الوجوه قال ومن امر رجلا بشرا
عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك
فالقول

لو حمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن
ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وما هو غير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم
عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن
كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح
الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت
مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله
ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هو
للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها
الي الحيرة فجاوز بها الي القادسية ثم ردها الي الحيرة ثم نفقت فهو ضامن
وكذلك العارية وقيل تاويل هذه المسالة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا
لينتهي العقد بالوصول الي الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الي يد المالك
اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف
ثم عاد الي الوفاق وقيل الجواب مجري علي الاطلاق والفرق ان المودع مامور
بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الي الوفاق فحصل الرد الي يد نائب المالك وفي الاجارة
والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع
الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرا بالعود وهذا اصح ومن اكتري حمارا
بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا
كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا
اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة فان كان لا يسرج
بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه
باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولي وان اوكفه
باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن

حمايه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء ويكون المالك
راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه
لم يرض بالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة رحمه الله
ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط
احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الاخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد
وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ
في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر
وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد
اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه تقييد مفيد الا ان الظاهر عدم
التفاوت اذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه
الناس فهلك يضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر
لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال وان حمله في البحر فيما يحمله
الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر
لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان استاجر ارضا ليزرعها
حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطبة اضر بالارض من
الحنطة لانتشار عروقها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى
شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررناه ومن
دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه
قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما
قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال
القباء وقيل يجري على اطلاقه لانهما يتفاوتان في المنفعة وعن
ابي حنيفة انه يضمن من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص
ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به

انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين
شاء الا انه يجب اجر المثل لقصوره جهة الموافقة ولا يجاوز به
الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه
في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن
من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل
المنفعة فصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا
فانه يخير كذا ها هنا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه
عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى
وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع
لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح
منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر اجر المثل ما يجعل بدلا في الصحيح عادة
لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة فاذا نقص
اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في
نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن
استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية
الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت
على ما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر الواحد
معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء
العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة
قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر ان يخرجه
الا ان ينقضي وكذلك كل شهر يسكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في

الثاني الا ان الذي ذكر في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض
المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى
من الشهر ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج فان استاجر دارا كل شهر
بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة
بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد وانه جائز وان لم يبين قسط
كل يوم ثم يعتبر ابتدا المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استا جره
لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السوا فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان
الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها
بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثنا الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة
وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام
والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه
متى تم الاول بالايام ابتدا الثاني بالايام ضرورة ثم هكذا الى اخر السنة ونظيره
العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف
الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي انه صلى الله عليه وسلم احتجم
واعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا
قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يواجر فحلا لينزو على
الاناث لقوله صلى الله عليه وسلم ان من الكسب السحت عسب التيس
والمراد اخذ الاجر عليه قال ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة
وتعليم القران والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز
الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الاجير
لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله صلى
الله

الله عليه وسلم اقروا القران ولا تاكلوا به وفي اخر ما عهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم الى عثمان ابن ابي العاص رضي الله عنه وان اتخذت مؤذنا
فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت على العامل
ولهذا يعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلاة ولان
التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا
يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا رحمهم الله استحسنوا الاستيجار
على تعليم القران اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع
حفظ القران وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغنا والنوح وكذا
سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية لا يستحق بالعقد قال ولا يجوز اجا رة
المشاع عند ابي حنيفة رحمه الله الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة
وصورتها ان يواجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير
الشريك لان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية
او بالتهايؤ فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي
حنيفة رحمه الله ان له اجر ما لا يقدر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع
ولابي حنيفة رحمه الله انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا
لان التسليم المشاع وحده لا يتصور لان التسليم والتخلية اعتبرت
تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكين
في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق
حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم
شرط العقد وشرط الشي يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا
واما اذا اجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف
في النسبة لا يضره على انه لا يجوز في رواية الحسن وبخلاف الشيوع
الطاري لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقا وبخلاف ما اذا اجر

من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما
طارئ قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان
ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا في عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع
على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق
التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة
تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى
الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف العين مقصودا كما اذا استاجر
بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شا
الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا با
لخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز لان الاجارة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ
لان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظار
شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ
لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام
دراهم او يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا لا جهالة فيه
ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان
اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة خلافا
لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيانه
القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما
يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها
من وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى
ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر

يمنعه

يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان
يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد
الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام
الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل
هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام
وغير ذلك يكون على الظئر اما الطعام على والد الولد وما ذكره من الدهن
والريحان فعلى الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن
شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا
ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل
قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر
حمارا يحمل طعامه بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما
يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم
وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير
يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر
عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير
فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه
بالنصف الاخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجير في الحال
بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل له طعاما مشتركا
بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق
تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة
فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف
ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى
هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه

العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه
عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فيرتفع الجهالة وله
ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها
وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني
ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة انه تصح الاجارة
اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف
قوله اليوم وقد مر في الطلاق قال ومن استاجر ارضا على ان يكربها
ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد
ولا يتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب وكان كل واحد منهما مستحقا
وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب
الفساد فان اشترط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد
لانه يبقى اثره بعد انقضا المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤاجر الارض يصير
مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة
وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده
وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة
واحدة وان كانت ثلث سنين لا يبقى منفعة وليس المراد بكري
الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام وهو الصحيح لانه منفعة في العام
القابل قال وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير
فيه وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس
باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت
الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم
النسا

النسا عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد
ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس
بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين
فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام
كله فلا اجر له وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين
شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها
الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثوب ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له
لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي فاذا لم
يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو
شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة
لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام
وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي
يمكن ايقاعه في الشائع واذا استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي
شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا
ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود
عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي
القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا
وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا
كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل
مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم
ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه
لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة
فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى

وان اختصما قبل التعجيل في المسألة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلكت لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشده المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امر بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا

فيه

فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف اجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني ادم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق وانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في موضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه اخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات لا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول به قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن

استأجره شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه
ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل
بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير
الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين
امانة لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين
الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس والاجير
الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبا فيوخذ فيه بالقياس
واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف
في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه
فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

قال واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته
روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به
وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران
فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار بخمسة
او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان
قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين
ثلاثة اشيا وان خيره بين اربعة اشيا لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع
دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط
لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع
يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة
الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا

فبنصف

فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر
مثله عند ابي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا
ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد
الشرطان فاسدان لان الخياطة شي واحد وقد ذكر بمقابلته
بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل
وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر
اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان
ولان التعجيل والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي
حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت
لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك
يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد
الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم
الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم
لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة
ويعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث
لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض
بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى فلو قال
ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين
جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة وقالا
لا يجوز ومن استاجر دابة الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية
فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها
كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول
ابي حنيفة وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين

ومن مجهول وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف خياطة الفارسية والرومية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسئلة يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتقع الجهالة وهذا الخلاف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في المسئلة الفارسية والرومية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

قال ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت علي زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار لان التفاوت بين الخدمتين ظاهر واذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة وقيام الحجر مانعا اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع علي اعتبار الفراغ سالما ضار علي اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذه ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت علي ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه فكيف يحرز

ما في

ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف علي اعتبار الفراغ علي ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الي ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الي تنجز الحاجة فينصرف الثاني الي ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته فقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المواجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل علي قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه واصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر فقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به يلزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ وضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب واذا قال صاحب الثوب عملته

لي بغير اجر وقال الصباغ باجر فالقول لصاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الصانع حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتاده وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق

مما

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه قال واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة

فوته صح

لنفسه

لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما ذكرنا من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب وكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيرد ما فيه دونه ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع سنه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا من ثمن ما اجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر

ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا
ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير كل ما ذكرنا انه عذر
فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى القضاء ووجهه
ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ
وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق
فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر
كالدين يحتاج فيه الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر
عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه
ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة
فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث
الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب
على رواية الاصل وروي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة
دون الاختيار ومن اجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر
بالمضي على موجب العقد انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد واذا
استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي
على موجب العقد لفوات مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسألة
خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط
والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة
وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة
في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا
للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعل عذرا ذكره في
الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ها هنا العامل شخصان
فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر فانه

لا يعرى

لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر
ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما انه
يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا اجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه
استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه
من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر والله اعلم

مسائل منثورة

قال ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء
من ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه
حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادية ثم تغيرت اما
اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه
قال واذا قعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف
فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا
بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال
ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد
وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة
وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه
من الجهالة ترتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير
الوطاء والدثار قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى
للجهالة واقرب الى التحقق قال واذا استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا
من الزاد فاكل منه في الطريق جاز له ان يرد عوض ما اكل منه لانه استحق
عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل
والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرط عليه وقبل العبد
ذلك صار مكاتبا أما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا
وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء وإنما هو أمر ندب هو
الصحيح وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه وأما الند بية
معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد
العتق فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه وإن كان يصح لو فعله
وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا
يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله صلى الله عليه وسلم أيما عبد كوتب على مائة
دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم وما اخترناه ٥
قول زيد رضي الله عنه ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أديتها
فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب
حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز أن يشترط المال حالا
ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي لا يجوز حالا ولا بد من نجمين
لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق بخلاف
السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام م
على العقد عليها فتثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولأنه عقد
معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة
عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة
عليه لأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم
لأن مبناه على المضايقة وفي الحال الثاني امتنع من الأداء فيرد في الرق قال ويجوز

كتابة

كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الإيجاب
والقبول إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي
يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف
ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد
العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت
عليك ألفا تؤديها إلي نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حر
وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة لأنه أتى بتفسير الكتابة ولو قال
إذا أديت إلي ألفا رقيق فإن هذه مكاتبة كل شهر مائة فأنت حر
فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان رحمه الله لأن التنجيم يدل على الوجوب
وذلك بالكتابة وفي نسخ أبي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبة اعتبارا
بالتعليق بالأداء مرة قال وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد
المولى ولم يخرج من ملكه أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة
وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى
وأما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولأنه عقد معاوضة ومبناه على
المساواة وينعدم ذلك بتنجيز العتق ويتحقق بتأخيره لأنه يثبت له نوع
مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فإذا أعتقه عتق بعتقه
لأنه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلا
بحصول العتق له وقد حصل دونه قال وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه
العقر لأنها صارت أخص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو
الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع
ملحقة بالأجزاء والأعيان وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية لما
بينا وإن أتلف مالا لها غرم لأن المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها
إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

قال واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة
فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه
فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا
ووصفا فتفاحشت الجهالة فصار كما اذا كاتبه على ثوب او دابة ولانه
تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال فان
ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو
القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة
لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال
ان اديتها فانت حر فحينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم
ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر مال في
الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء
العوض المشروط اما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد
فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء
عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد
العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع
قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند
هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان
والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة
ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل
وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه
على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد

لاختلاف

لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته قال وكذلك اذا
كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه
ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف
الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق
بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رواه الحسن انه يجوز حتى
اذا ملكه وسلم يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على
التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضة معقود
عليه شرط لصحة العقد اذا العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف
الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح
ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد
انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة انه لا يجوز
اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الجامع انه لا يفيد ملك المكاتب
وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان
البدل عينا معينا والمسئلة كتبها على ما بيننا وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز
ذلك العين فعن ابي حنيفة رواه ابو يوسف انه اذا اداه لا يعتق وعلى
هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديته الي فانت حر فحينئذ يعتق
بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان
العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على
عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد
عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهي قال واذا كاتبه
على مائة دينار على ان يرد المولى اليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة دينار على قيمة
المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان

العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط وكذا يصلح مستثنى
منه فلا اصل في ابطال العقد ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما
استثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذا مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان
غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة
وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين
الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فيتفاحش الجهالة واذا
بين الجنس كالعبد والوصف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر
جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه
معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على
وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبنى على المسامحة
بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال واذا كاتب النصراني
عبده على خمر فهو جائز ومعناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد
كافر لانه مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر
لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير
معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع
الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض
لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة لانه لو كاتب على وصيف واتى
بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع
فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال واذا قبضها عتق
لان في الكتابة معنى المعاوضة واذا وصل احد العوضين الى
المولى سلم العوض الاخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان
العبد مسلما حيث لم يجز الكتابة لان المسلم ليس
من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل

باب

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان
يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى
مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا
السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ليصل الى
مقصوده ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي
في صفقة ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان
يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى
العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فيبطل
الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة
وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط
تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح
في شرط لم يتمكن في صلب العقد لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول
ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص
العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل
بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك
الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة
اليه فيجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء
اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير
من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه
المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه
تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه
نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع

الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته
جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك
ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان مآله
العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال ووجه الاستحسان
انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له
من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا
يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على
مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول
فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر
اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى
شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا
والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد
من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال
او بغيره او باعه من نفسه او زوج عبده لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من
توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة
المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه
تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف
تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك الاب
والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب
ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية
قال فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف له ان يتزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب
والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة

ولهما

ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب
يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر
بالكتابة دون التجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هو ولا المكاتب
تزويج العبد فصل واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته
لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا
للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان
اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل عند ابي حنيفة وقالا يدخل
اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة يشملهما ولهذا لا يفترقان في الحرية
حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى
ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما
حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني
الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها في الثاني بالعتق وبالاول في الكتابة
وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين
اذا كاتب كان للآخر ان يفسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه واذا اشترى
ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها
اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد
في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد
فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانها ام ولده خلافا
لابي حنيفة وله ان القياس انه يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب
المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما
اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت
ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما
بينا في المشتري وكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسبه

ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذا اذا كانت
المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع فيها ثابت موكد فيسري الي الولد
كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه
ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها
في الرق والحرية قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امراة زعمت انها حرة فولدت
منه ولدا ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك العبد
ياذن له المولي بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق
وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه
مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام
في الرق والحرية خالفناه هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة وهذا ليس في معناه
لان حق المولي هناك مجبور بقيمة ناجزة وهاهنا بقيمة متاخرة الي ما
بعد العتاق فبقي علي الاصل ولا يلحق به قال واذا وطي المكاتب امة علي
وجه الملك بغير اذن المولي ثم استحقها رجل فعليه العقر يوخذ به في الكتابة
وان وطيها علي وجه النكاح لم يوخذ به حتي يعتق وكذلك المادون له
ووجه الفرق ان في الفصل الاول الدين في حق المولي لان التجارة وتوابعها داخلة
في الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشرا لما سقط الحد وما لم يسقط
الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب
في شي فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة قال واذا اشتري المكاتب جارية
شرا فاسدا ثم وطيها فردها اخذ بالعقر في الكتابة وكذلك العبد المادون
له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا
والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولي

فصل واذا ولدت المكاتبة من المولي فهي بالخيار ان شاءت

مضت

مضت علي الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه
تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل واجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب
ولدها ثابت من المولي لان المولي يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك
يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت علي الكتابة اخذت العقر
من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها علي ما قدمنا ثم اذا مات
المولي عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت وتركت
مالا تودي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا علي موجب الكتابة
وان لم تترك مالا فلا سعاية علي الولد لانه حر ولو ولدت ولدا اخر لم يلزم
المولي الا ان يدعي لحرمة وطيها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفا سعي هذا
الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولي بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية
لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب المولي ام ولده
جاز لحاجتها الي استفادة الحرية قبل موت المولي وذلك بالكتابة ولا تنافي
بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولي عتقت بالاستيلاد لتعلق
عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل
العتق عند الادا فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط هو
وبطلت الكتابة لامتناع ابقايها من غير فايدة غير انه يسلم لها الاولاد والا كتب
لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد
لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة قبل موت المولي عتقت
بالكتابة لانها باقية قال وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي
اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولي ولا مال له
غيرها فهي بالخيار بين ان تسعي في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف تسعي في الاقل منهما وقال محمد تسعي
في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار وابو

يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله في المقدار ومع محمد في نفي الخيار
اما الخيار ففرع تجزي الاعتاق عنده لما تجزي بقي الثلثان رقيقا وقد
تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير
لا محالة ولا معنى للتخير واما المقدار فلمحمد رحمه الله انه قابل البدل
بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته
الا يرى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل البدل الكتابة
فهنا يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع
البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شي وهذا لان البدل وان قوبل
بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت
حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما
يستحق حريته الثلث وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا
على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة
كذا هنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه لان
البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شي فافترقا قال واذا دبر
مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة
وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب
المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت
سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وقالا تسعى في الاقل
منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه
ووجهه ما بينا قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام الملك
فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا
يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنه يفسخ برضا العبد
والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة

في حقه

في حقه قال واذا كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة
فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين
مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان
ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي
له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا
فلا يكون ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا
من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من
كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على
الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة
فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يؤدي ثلث الالف حالا والباقي
الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يؤدي
ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه
على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف
الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة
حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا
بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان
البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل
ونظيره اذا باع المريض داره بثلاثة الاف درهم الى سنة وقيمتها
الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع
الثمن حالا والثلث الى اجله والا نقض البيع وعنده يعتبر الثلث
بقدر القيمة فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال واذا كاتبه على الف
الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة يؤدي ثلثي القيمة او يرد رقيقا
في قولهم جميعا لان المحاباة هنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادي عنه عتق وان بلغ العبد
فقبل فهو المكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولي العبد كاتب عبدك
علي الف درهم علي اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولي علي هكذا
يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت
موقوفة علي اجازته ولم يقل علي ان اديت اليك الفا فهو حر فادي
لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه
لا ضرر للغايب في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم
ويتوقف في لزوم الالف العبد وقيل هذه صورة مسئلة الكتاب
ولو ادي الحر البدل لا يرجع علي العبد لانه متبرع قال واذا كاتب
العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه غايب فان ادي الشاهد
او الغايب عتقا ومعني المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم
علي نفسي وعلي فلان الغايب وهذه كتابة جايزة استحسانا
وفي القياس يصح علي نفسه لولايته عليها فيتوقف في حق الغايب
لعدم الولاية عليه ووجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد
الي نفسه ابتدا جعل نفسه اصلا والغايب تبعا والكتابة علي هذا الوجه
مشروعة كالامة اذا كوتبت دخلت اولادها في كتابتها تبعا حتي
حتي عتقوا وليس عليهم من البدل شي لانه تبع فيه قال وايهما
واذا امكن التصحيح علي هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه
بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون علي الغايب
من البدل شي لانه تبع قال وايهما ادي عتقا ويجبر المولي علي البدل
اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب فلانه ينال به شرف الحرية فان لم يكن
البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادي الدين يجبر المرتهن علي
القبول لحاجته الي استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه والغايب
متبرع

متبرع به غير مضطر اليه وليس للمولي ان ياخذ الغايب بشي لما بينا
فان قبل العبد الغايب او لم يقبل فليس ذلك منه بشي والكتا بة
لازمة بشي والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه
من غير قبول الغايب فلا يتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره
فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتي لو ادي لا يرجع عليه كذا هذا
واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جايز وايهم
ادي لم يرجع علي صاحبه ويجبر المولي علي القبول ويعتقون لانها
جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا علي ما بينا في
المسئلة الاولي وهي اولي بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين فاذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه
بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالما ل
للذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما ادي
فهو بينهما واصله ان الكتابة يتجزي عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانه
لا تفيد الحرية من وجه فيقتصر علي نصيبه عنده للتجزي وفايدة
الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض
البدل اذن للعبد بالادا فيكون متبرعا بنصيبه اذن بكتابة الكل
لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض
مشترك بينهما فيبقي كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين
كاتباها فوطيها احدهما فجات بولد فادعاه ثم وطيها الاخر فجاءت بولد
فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعي احدهما الولد صحت دعوته
لقيام الملك فيها وصار نصيبه ام ولد لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك

الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة
واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم
اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية
كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق
ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد
ونصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها
وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه
قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على
ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما
دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق
القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى
لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الاخر لانه لما ادعى
الاول الولد صار ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع
ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما
لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه
لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لانه يجوز ابطال الكتابة
اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني
وطئ ام ولد الغير ولا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه
بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان
الوطء لا يعرى عن احد الغرمين واذا بقيت الكتابة وصارت
كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت
فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل

يجب

يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة
فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر
للمولى وان كان لا يتضرر المكاتب بسقوطه والمكاتبة هي التي
تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت
في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال وضمن
الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة
لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او
معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها
ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف
الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد
بينهما يجب اقلهما قال وان كان الثاني لم يطاها ولكن دبرها ثم
عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان
المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه
تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه مصادف ملك غيره و
التدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال
وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على
ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة
ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد
ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه
ما بينا قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت
ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي
حنيفة وقالا لا يرجع عليها لانها عجزت وردت في الرق يصير كانها
لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وعدمها
كما في مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق فاما قبل العجز

ليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة لان الاعتاق لما كان
يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير
نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى
يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا
ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار
قال واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو
موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى
العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم يكن له ان
يضمن عنده المعتق ويستسعى او يعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه
ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد
به نصيب الاخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء
كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء
واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكنه يفسد
نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار الاستسعاء
ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق
صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين
وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلاثة البيع وامثاله هه
والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط
الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وان اعتقه احد هما
اولا كان للاخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين
وبقي خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان
المدبر يعتق ويسعى وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما

فعتق

فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يضمن نصف قيمته
ان كان موسرا او يسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا
ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه
او مال يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين
والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع
والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه طلب المولى تعجيزه
عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب
نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه
موجلة وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا
واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق
وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول
الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف
اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والاثار
متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له
عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها فان اخل بنجم عند غير
السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ
بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد فلا بد من
القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد

بالعيب بعد القبض قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق
لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر
انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه
وقد زال التوقف قال فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة
وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته
وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن
مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي
يبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن
ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر
اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصودا
او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا
الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في
الحال والشي يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل
بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الاخر والجامع بينهما
الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه اكد من حق
المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية
فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى
ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على
ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا
في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا
بعتق ابيه قبل موته ويعتق الولد لان الولد داخل في كتابته
وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان
ترك ولدا مشترى قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا
وهذا

وهذا عند ابي حنيفة اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد
المولود في الكتابة والجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك
المولى اعتاقه بخلاف ساير اكسابه ولابي حنيفة وهو الفرق بين
الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد في حق من دخل تحت
العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه
اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة
فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى
ابنه ثم مات وترك وفا ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في اخر جزء من اجزا
حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه يتبع لابيه في الكتابة فيكون
هذا حرا يرث عن حر وكذلك اذا كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة
لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص
واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر
قال واذا مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته
فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز
المكاتب لان هذا القضا يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق
الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق
فينجر الولا الى موالي الاب والقضا بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا
وان اختصم موالي الام وموالي الابن في ولايه فقضي به لموالي الام
فهو قضا بالعجز لان هذا اختلاف في الولا مقصودا وذلك يبتني
على بقا الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر
الولا على موالي الام واذا بقيت واتصل به الادا مات حرا وانتقل
الولا الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه

من الفضا فلهذا كان تعجيزا قال وما ادي المكاتب من الصدقات
الي مولاه ثم عجز فهو طيب للمولي لتبدل الملك فان العبد يتملكه
صدقة والمولي يتملكه عوضا عن العتق واليه وقعت
الاشارة النبوية صلي الله عليه وسلم في حديث بريرة رضي الله
عنهما هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني
والهاشمي لان المباح له يتناوله علي ملك المبيح فلم يتبدل له
الملك فلا يطيب ونظيره المشتري شرا فاسدا اذا اباح لغيره
لا يطيب له ولو عجز قبل الادا الي المولي فكذلك الجواب وهذا عند
محمد ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند ابي يوسف
وان كان بالعجز يتقرر ملك المولي عنده لانه لا خبث في نفس
الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز
ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم
يوجد من المولي وصار كابن السبيل اذا وصل الي وطنه والفقير
اذا استغني وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة تطيب
لهما وعلي هذا اذا اعتق المكاتب واستغني يطيب له ما بقي
من الصدقة في يده قال واذا جني العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم
بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا هو موجب جناية
العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى
يصير مختارا للفدا الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زالت
عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جني المكاتب ولم يقض به حتي عجز
لما بينا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز
فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الي قيمته بالقضا
وهذا

وهذا قول محمد وابي حنيفة وقد رجع ابو يوسف اليه وكان يقول
اولا يباع فيه وان عجز قبل القضا وهو قول زفر لان المانع من
الدفع وهو الكتابة قايم وقت الجناية ولا وقعت انعقدت موجبة
للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع
قابل للزوال لتردده ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف علي القضا او الرضا
وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ علي القضا
لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما
لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولي المكاتب لم ينفسخ الكتابة
كيلا يودي الي ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه
وقيل له اد المال الي ورثة المولي علي نجومه لانه استحق الحرية علي هذا
الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقي بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة
يخلفونه في الاستيفا فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه
وهذا لان المكاتب لا يملك بساير اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة
وان اعتقوه جميعا عتق وسقط مال الكتابة لانه يصير ابرا عن بدل الكتابة
فانه حقهم وقد جري فيه الارث واذا بري المكاتب عن بدل الكتابة يعتق
كما اذا ابراه المولي الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابرا عن نصيبه
لانا جعلناه ابرا اقتضا تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابرا البعض
وادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الي ابرا الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولا

قال الولا نوعان ولا عتاقة ويسمي ولا النعمة وسببه العتق علي ملكه
في الصحيح حتي لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولا له وولا الموالاة وسببه
العقد ولهذا يقال ولا العتاقة وولا الموالاة والحكم يضاف الي سببه

والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبي صلى
الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم
منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال
واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء
لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق
عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المراة تعتق
لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عنها وعن بنت
فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق
بمال وبغيره لاطلاق ما روينا قال فان شرط انه سائبة فالشرط
باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى
المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه
بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى
بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة
على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق
وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق
عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا
تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من
العبد عتقت وعتق حملها ايضا وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه
ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق
مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت ولدا
لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما
لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت
رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان

الجنين

الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول
وهو ليس بمحل له قال واذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر
ولدا فولاؤه لموالي الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد العتق
فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا
فان اعتق العبد جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى الاب لان العتق هنا في الولد
ثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم
الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك
الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار
اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة
كذا الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن
موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث
يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما
بعد الموت وبالطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما انه
يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند
الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة
بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا
لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملا عنة
اذا عقلت منه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون
عليه لان النسب هنالك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا
مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من
العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة و
رضي الله وهو قول محمد ايضا وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه لان النسب
الى الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى

ولهما ان ولا العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت
الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم
ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه
الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية
معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لان تناصرهم بها فاغنت عن الولا
قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة
العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة
ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد
مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف
فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين
العربية ولهما ان ولا الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولا العتاقة
لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان
معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه
لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر قال وولا العتاقة
تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم
للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر
لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته
وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان
عصبته تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه وان
كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق اخر العصبات
وهذا لان قوله صلى الله عليه وسلم ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو
عصبته بدليل الحديث الثاني فيتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام
قال فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى فان لم يكن له عصبة
من

من النسب فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض
ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا
وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة
وبالموالي الانتصار على ما مر والعصبة تاخذ ما بقي وان مات المولى ثم
مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء
الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا
اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي اخره او جر
ولا معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق
من جهتها فينسب بالولا اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها
بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش
انما هو الزوج والمراة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصور
على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولا لا يورث
ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء
للابن عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولا
لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق
على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها معتقة ولو ترك
المولى ابنا واولاد ابن اخر معناه بني ابن اخر فميراث المعتق للابن
دون بني الابن لان الولا للكبر هو المروي عن عدة من
الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم و
معناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب **فصل** في ولا الموالاة
واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم
على يد غيره ووالاه فالولا صحيح وعقله على مولاه
فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي الموالاة ليس

شي لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث
اخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث
لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم
فاتوهم نصيبهم والاية في الموالاة وسيل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن رجل اسلم على يدي رجل اخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه
ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله
حقه فيصرفه الى حيث شا والصرف الى بيت المال ضرورة عدم
المستحق لا انه مستحق قال فان كان له وارث فهو اولى منه وان
كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما
فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر
في الكتاب لانه بالتزام وهو بالشرط وكذا من شرطه ان لا يكون المولى من العرب
لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل
عنه بولايه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية
وكذا للاعلى ان يتبرا عن ولايته لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا
ان يكون بمحضر من الاخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد
الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة عوض ناله
العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول عنه
بولايته لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة
عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده
لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولا كشخص واحد قال
وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقايه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

قال

قال الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما
توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره
فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقا اهليته وهذا انما يتحقق
اذا خاف المكره تحقيق ما توعده وذلك انما يكون من القادر والسلطان
وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة ان الاكراه لا
يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون
المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم
يكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله
ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره
وقوع ما هدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا
على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره الرجل على بيع ماله او
على شرا سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجر داره فاكره
على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى وهو مكروه
بالخيار ان شا امضى البيع وان شا فسخ ورجع بالمبيع لان من شرط
صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض
منكم والاكراه بهذه الاشيا يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب
سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق
به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفواته
وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب
وعند الاكراه يحتمل انه يكذب به في دفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم
مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف
على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد
الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد

لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت
الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا
لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة
وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز
الا انه لا ينقطع به حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي
ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد
فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته
اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله
عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره
حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوت الرضا ومنهم
من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل
ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد
للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة
الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع
لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع
فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد
اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل
الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة
وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد قال وان هلك المبيع
في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره
لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه
آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن
ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري

بالقيمة

بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان
بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع
ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف
ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده
لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز

فصل

قال واذا اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر اكره على ذلك بضرب او حبس
او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه
فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم
ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة
لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف
على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على
ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان
بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه فياثم كما في حالة المخمصة
وعن ابي يوسف انه لا ياثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا
بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل
بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم اذا علم بالاباحة
في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب
في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله او سب
النبي صلى الله عليه وسلم بضرب او قيد او حبس لم يكن ذلك اكراها
حتى يكره بامر يخاف به على نفسه او على عضو من اعضائه لان
الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته
اشد اولى واحرى قال فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به
ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث

عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي وقد قال صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال صلى الله عليه وسلم ان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الاية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكرهه بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان اثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص على المكره ان كان عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصودا على المكره من وجه نظرا الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول

على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال فان اكرهه على طلاق امراته او على عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي وقد مر في الطلاق ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه وله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه ويرجع بنصف مهر المراة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتاكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل قال والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا ولا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه ولو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها

بالالتزام قال وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة الا ان
يكون السلطان وقال ابو يوسف ومحمد لا يجب الحد وان اكرهه على الردة لم
تبن منه امرأته لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه
مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان
قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان
فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد
ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام
حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين
لانه يعلو ولا يعلى عليه وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى
اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع
لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره
على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة
لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه
ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت منه
ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا
وعلى هذا اذا اكره على الصلاة للصليب وسب محمد صلى الله عليه وسلم
بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم
وقد خطر بباله الصلاة لله وسب غير النبي صلى الله عليه وسلم بانت
ديانة وقضاء وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى

كتاب الحجر

قال الاسباب الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف
الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف

المجنون

المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن
الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع
عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات
حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد اهل
في نفسه والصبي ترتقب اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من
هؤلاء شيئا او اشتراه وهو يعقل البيع والشراء ويقصده فالولي بالخيار
ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد
لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى
مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن البيع
فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده
وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا
عن غيره كما بيناه في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء
فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء
الفضولي وهاهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه
وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها
لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة
بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة
في حق الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا
اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله صلى الله عليه وسلم
كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض
مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم
الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار

بلوغه حد الشهوة فهذا لا يتوقف على اجازته ولا ينفذ
بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه
احيا لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف
على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحايط المايل بعد
الاشهاد بخلاف القول على ما بينا قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق
نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه
لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال
فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه
في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه لانه مبقى على
اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ
طلاقه لما روينا ولقوله صلى الله عليه وسلم لا يملك العبد والمكاتب
شيئا الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا
وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه
في ماله جايز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه
ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي يحجر على السفيه
ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه على الوجه الذي لا يقتضيه
العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق
الصبي احتمال التبذير وفي هذا حقيقته ولهذا منع عنه المال
ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي
حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا

لان

لان في سلب ولايته والحاقه بالبهايم وهو اشد ضررا من التبذير
ولا يحتمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر
على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما
يروى عنه اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال
لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر
لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة
والجري على خلافه بسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه
في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه
ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس
بقضاء الا ترى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء
فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه
بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلانه تصرفه ثم رفع
الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض
بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله
حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك
نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم
يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ابدا حتى يونس منه الرشد ولا
يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة
وصار كالصبي ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب
ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا
السن فلا فايدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا
وهو في اوايل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى

المنع ولهذا قال ابو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها
لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا الا ان في التفريع
على قول من يرى الحجر عليه فنقول عندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا
باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم
لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر وقد نصب الحاكم ناظرا
فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده
ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي
عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل
القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه
بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان
اعتق عبده نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي لا ينفذ والاصل
عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان
السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج
كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله
فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل صل
عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده
شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق
فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى
في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر
فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد انه لا تجب
السعاية لانه لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد
وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه
يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لم تجب السعاية ما
دام

ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد
يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه
بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد
حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في
حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على
بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها
شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهدها ونظيره المريض
اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج امرأة جاز
نكاحها لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى
لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح
وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه
فلم يصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت وان طلقها قبل الدخول
وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر
المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال
وتخرج الزكاة من مال السفيه لانها واجبة عليه وينفق على اولاده
وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته
من حوائجه والانفاق على ذوي الرحم واجب عليه حقا لقرابته
والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكاة اليه
ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا
معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ولانه يصرفه
لانه ليس من العبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا ظاهر
او حلف او نذر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم
لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا

كذلك يجب ابتداء بغير فعله قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها
لانه واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولم يسلم القاضي النفقة
اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها
في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء
في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع
من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق
بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر رضي الله عنه لا يجزيه غيرها وهي
جزور او بقرة قال فان مرض فاوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك
في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف
ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال
ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطاري
سواء وقال الشافعي يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم
يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان انستم منهم رشدا
الاية وقد انس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق
من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما
تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو
ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك
فحتى يتم له ثماني عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول
الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع
عشر ويتم له ثماني عشر فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض

النسخ

النسخ حتى يستكمل تسعة عشر اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة
والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل
ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشر سنة
وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية ان البلوغ
لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي
ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما وتابعه القتبي
وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث
نشوهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول
الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال واذا راهق الغلام
او الجارية الحلم واشكل امرهما في البلوغ فقالا قد بلغنا فالقول قولهما
واحكامهما احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا
به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المراة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة لا احجر في الدين واذا وجبت الديون على رجل وطلب
غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع
ضرر خاص فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة
لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء
لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر
القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء
لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه
يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن
المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال

وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما
لان البيع مستحق عليه لايفا دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي
منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجية مرسومة والمستحق قضا الدين
والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضا الدين
بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتاخير
حق الداين وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه
دراهم وله دراهم قضا القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للداين حق
الاخذ من غير رضا فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم
وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة
استحسانا والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين
ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية
مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف
وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الداين ولاية الاخذ عملا بالشبهين
بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسايل
فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدا بالايسر فالايسر
لما فيه من المسارعة الى قضا الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه
دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه
اذا غسل ثيابه لا بد من ملبس قال فان اقر في حالة الحجر باقرار لزمه
ذلك بعد قضا الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن
من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد
له ولو استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به
لعدمه وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته
وولده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق

الغرما

الغرما ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امراة كانت في مقدار
مهر مثلها اسوة للغرما قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه
حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر
والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا
الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني
خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه
ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن الهلاك والمحترف
فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على
قضا دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه وطيها لا يمنع
منه لانه قضا احدى الشهوتين فيعتبر بقضا الاخرى قال ولا يحول
بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه
من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان
اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال وياخذون فضل كسبه
يقسم بينهم بالحصص لاستوا حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم
حال بين الغرما وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضا
بالافلاس عندهما صحيح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة
وعند ابي حنيفة لا يتحقق القضا بالافلاس لان مال الله تعالى
غاد ورايح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح
للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة
الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا
اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف
والسفر دليل على انه يدور معه حيثما دار ولا يجلسه في موضع
لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره

الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار
المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ
في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان
يدخل عليه في الملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه
دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المراة لا يلازمها لما
فيه من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امراة امينة تلازمها قال
ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع
اسوة للغرما فيه وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري بطلبه
ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفا الثمن فيوجب ذلك
حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة
ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز
عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره
وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض
العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها
الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد
بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بقي بعد الرق اهلا للتصرف
بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه
ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال
المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه
من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده شهرا او
يوما

او يوما كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت
ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا راى عبده يبيع ويشتري
فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا فرق بين ان يبيع
عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا
لان كل من رآه يظنه ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا
للضرر عنهم قال وان اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز
تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك
في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام فيتناول الجنس
فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع
او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه
وكذا بالفاحش منه عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان البيع
بالغبن الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض
من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف
باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون
ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان
كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث
لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال
للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر وله ان يسلم
ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشرا لانه قد لا يتفرغ
بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة
فانه ايفا واستيفا ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجرا
والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان
فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد

من الربح قال صلى الله عليه وسلم الزراع يتاجر ربه وله ان يشارك
شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار
وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول لا يملك العقد
على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس
ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه
ينحجر به والرهن لانه يحبس فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة فلا ينحجر
به والرهن لا ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال وان اذن له
في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها وقال زفر والشافعي
لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف
في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها لهما ان الاذن توكيل
وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم
وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص فيما خصه
به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك
يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف
في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع
للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه
المولى فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام
ومعناه ان يأمره بشراء ثوب هو للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه
لو صار مأذونا يتعذر عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي
الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال
ولا يحصله الا بالكسب او قال اقعد صباغا او قصارا لانه
اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا في جميع الانواع قال
واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار

من توابع

من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته
ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان
الاقرار في صحته لانه لو كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر
بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه
قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال
ابو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه
اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك
تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك
شركة عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس
بتجارة اذ هو مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر
فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه
والعبد يصير نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة
سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالعتق
اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض
وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا
يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف
من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين
بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته
وعن ابي يوسف ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا
بعض رفقائه الى ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت
شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا باس
للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف
ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحط
من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون

لحط النظر له من قبول المعيب ابتدا بخلاف ما اذا احط من
غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من صنيع التجارة ولا كذلك
المحاباة في الابتدا لانه قد يحتاج اليها ليحابي ما يبيع ولو ابرا او اجل في دين
وجب له لانه من عادة التجار قال ودينه متعلقة
برقبته يباع للغرما الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع
ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل
مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلق الدين
بكسبه حتى اذا فضل شي منه عن الدين يطالب به لا بالرقبة بخلاف
دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية
لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق
المولى فيتعلق برقبته حاملا على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا
للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب
لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدا بالكسب في الاستيفا
ايفا لحق الغرما وابقا لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة
وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في
معناه كالبيع والشرا والاجارة والاستيجار وضمان المغصوب
والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة
بعد الاستحقاق لاستناده الى الشرا فيلحق به قال
ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها
بالتركة فان فضل شي من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين
في ذمته وعدم وفا الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا
للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سوا حصل قبل لحوق
الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه
في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه

المولى

المولى منه من قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة
مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب
والزيادة على غلة المثل يردها على الغرما لعدم الضرورة فيها
وتقدم حقهم قال وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين
اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتاخر حقهم الى ما بعد
العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك
ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس
فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم
بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر
شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ
الرسالة من الرسل صلى الله عليهم وسلم ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم
بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه
قضا الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع
في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم
منه ينحجر لانه لا ضرر قال ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب
مرتدا صار الماذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون
لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتدا هذا هو الاصل فلا بد من
قيام اهلية الاذن في حالة البقا وهي تنعدم بالموت والجنون
وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى قسم ماله بين ورثته قال
فاذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى ماذونا
لان الاباق لا ينافي ابتدا الاذن فكذا لا ينافي البقا فصار
كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه

مأذونا على وجه يتمكن من تحصيل دينه بخلاف ابتداء الإذن
لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافه فيهما وبخلاف الغصب
لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال وإذا ولدت المأذون
لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر هو يعتبره البقاء
بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون
دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لأن الصريح قاض على الدلالة
ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون لإتلافه محلا تعلق
به حق الغرماء إذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال
وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها
المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر إذ العادة
ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما والمولى ضامن
لقيمتها لما قررناه في أم الولد قال وإذا حجر على المأذون
فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة ومعناه أن
يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضي
بما في يده وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز لهما أن المصحح للإقرار
إن كان هو الإذن فقد زال بالحجر وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور
غير معتبرة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره
أو ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة
بعد الحجر وله أن المصحح هو اليد ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه
المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر
حكما فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها بخلاف ما إذا
انتزعه المولى من يده قبل الإقرار لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما

فلا

فلا تبطل بإقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقرار
من غير رضاه وهذا بخلاف ما إذا باع لأن العبد قد تبدل
الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم
يكن خصما فيما باشره قبل البيع قال وإذا لزمته ديون
تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ويعتق وعليه
قيمته لأنه وجد سبب في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا
يملك إعتاقه ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية الملك
بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في
ضده عند إحاطة الدين بتركته أما الملك للمولى إنما يثبت
نظرا للعبد وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد
عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط
به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه وإن اعرف ثبوت الملك
وعدمه فالعتق فرعه وإذا نفذ عندهما يضمن قيمته
للغرماء لتعلق حقهم به قال وإن لم يكن الدين محيطا بماله
جاز عتقه في قولهم جميعا أما عندهما فظاهر وكذا عنده
لأنه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع
بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع ملك
الوارث والمستغرق يمنعه قال وإن باع من المولى شيئا بمثل
قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين
وإن باعه بنقصان لم يجز لأنه متهم في حقه بخلاف ما إذا حابى
الأجنبي عند أبي حنيفة لأنه لا تهمة فيه وبخلاف ما إذا باع
المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق
بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص ص

بإدانته تثبت أم حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالعين كما عرفنا
وقال أبو يوسف ومحمد إذا باعه بنقصان عن البيع يخير
المولى إن شاء أزال المحاباة وإن شاء نقض وعلى المذهبين
اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك أن الامتناع
لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف
البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر
بإزالة المحاباة والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منها متردد
بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه
تبرعا في البيع من المولى للتهمة غير تبرع في حق
الأجنبي لانعدامها وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير
من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز
ويؤمر بإزالة المحاباة لأن المحاباة لا تجوز من العبد المأذون
على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن في البيع مع الأجنبي وهو
إذن بمباشرته بنفسه غير أنه إزالة المحاباة لحق الغرماء وهذا
أن الفرقان على أصلهما قال وإن باعه المولى شيئا بمثل القيمة
أو أقل جاز البيع لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين
على ما بينا ولا تهمة في البيع لأنه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد
ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعدما لم يكن له هذا
التمكن وصحة التصرف بتتبع الفائدة فإن سلم المبيع قبل قبض
الثمن لأن حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد
سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بطل

ما إذا

ما إذا كان الثمن عرضا لأنه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا
بالعين قال وإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لأن
البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان يتعلق بالعين ولو باعه
بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو ينقض البيع على ما بينا
في جانب العبد لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال وإذا أعتق
المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لأن ملكه فيه باق
والمولى ضامن القيمة للغرماء لأنه أتلف ما تعلق لأن الدين
في ذمته لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضمانا فبقي الباقي عليه
كما كان وإن كان أقل من قيمته ضمن قيمته لا غير لأن وما بقي
حقهم بقدره بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد إذا مأذون
لهما وقد ركبتهما ديون لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء
بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال فإن باعه
المولى وعليه دين محيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فإن
شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن شاءوا ضمنوا المشتري لأن
العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن ينقض المولى
دينهم والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب
فيخيرون في التضمين وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن
لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما في المرهون
فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى فللمولى أن يرجع بالقيمة
ويكون حق الغرماء في العبد لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع
والتسليم فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه
بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال
ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع

لتعلق حقهم وهو حق الاستيفاء والاستيفاء من رقبته وفي
كل منهما فائدة فالاول تام موخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت
هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن
فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم
قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري
معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا
ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما
خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك
لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد
وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال ومن قدم مصرا وقال انا
عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شي من التجارة لانه ان اخبر بالاذن
فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري
على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق
الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه خالص حق المولى
بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر وقال هو ماذون
له بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور عليه فالقول
له لانه متمسك بالاصل **فصل** واذا اذن ولي الصبي
للصبي في التجارة فهو في البيع والشرا كالعبد الماذون اذا كان يعقل
البيع والشرا حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه
فيبقى ببقايه ولانه مولى عليه حتى يملك المولي التصرف عليه ويملك
حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم
والصلاة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة
الي

الي تنفيذه منه اما البيع والشرا فيتولاه الولي بلا ضرورة
ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية
شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات
والصبي سبب الحجر لعدم الهداية وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقا
ولايته لنظر الصبي لاستيفا المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال
بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض ولا يوهل له والنافع
المحض كقبول الهبة والصدقة يوهل له قبل الاذن والبيع والشرا
داير بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل
الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا
وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد
عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس
اليه تقليد القضا والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا
للربح والتشبيه بالعبد الماذون يفيد ان ما يثبت في حقه لان
الاذن فك الحجر والماذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا
فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما في
العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر
الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد
والمعتوه الذي يعقل البيع والشرا بمنزلة الصبي يصير ماذونا
باذن الاب والجد والوصي وغيرهم على ما بينا وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشي من الغير على سبيل التغلب للاستعمال
فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال محترم متقوم بغير اذن
المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة

غصبا دون الجلوس علي البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم
والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد
فلا يتوقف علي قصده ولا اثم لان الخطا موضوع قال ومن غصب
شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ
فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله
تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل
اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال
فان لم يقدر علي مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف
انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب
اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الي القيمة بالانقطاع
فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد
الانقطاع ولهذا لو صبر الي ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل
بقضا القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضا اما ما لا مثل
له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته
عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه العدديات
المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية
وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو
كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير
القيمة لانه لا مثل له قال وعلي الغاصب رد العين المغصوبة
معناه ما دام قائما لقوله صلى الله عليه وسلم علي اليد ما اخذت
حتى ترد وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه
لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود

وقد

وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد عليه وهو الموجب الاصلي
علي ما قالوا ورد القيمة مخلص لانه قاصر اذ الكمال في رد
العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص
ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه
لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى
يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب
رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا
يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الي ان يعلم ما
يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو
القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته
يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب فهلك
في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنه
وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد
ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين
علي محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الوصف
علي ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان
الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا
لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها
وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي
المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة
ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك له قال
وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف
والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت
الدار بسكناه وعمله لو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة

لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال وان انتقص
بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض ويأخذ راس ماله ويتصدق
بالفضل قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان شا الله تعالى قال واذا هلك النقلي في يد
الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول
هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب
السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة او يتقرر بذلك
السبب ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه
دخل جميع اجزايه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه رد قيمته بخلاف تراجع
السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع
لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف
قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي اما في الربويات فلا يمكن تضمين النقصان
مع استرداد الاصل لانه يودي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته
الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهما
وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا اجر المستعير المستعار لابي يوسف
انه حصل في ضمانه وملكه والضمان ظاهر وكذلك الملك لان المضمونات تملك
باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف
في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف
الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه
له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه يباح
له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحقه
وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا
كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا
تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شي عليه لما ذكرنا قال

ومن غصب

Copyright © King Saud University